

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Observações da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia à Solicitação de Opinião Consultiva “Enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade”

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Equipe redatora: Bruna Rafaela de Santana Santos, Bruno Simões Biscaia, Christian Lopes Oliveira Alves, Gabriel Santiago dos Santos Gonçalves, Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos, Matheus Ferreira Gois Fontes e Thiago Silva Castro Vieira.

Equipe de pesquisadores: Bruna Matos da Silva, Carolina Muniz de Oliveira, Gabriel Maciel Queiroga, Giovanna de Abreu Cerqueira e Lianne Porto Brasil.

Equipe revisora: Adriana Moura Mattos da Silva, Ana Cláudia Rui Cardia Atchabahian, Beatriz Mendes Niyama, Celso de Oliveira Santos, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Gabriel Antônio Silveira Mantelli, Ivonei Souza Trindade, Jean Alesi Ferreira Alves, Julia Moraes Almeida, Luiz Henrique Eloy Amado Terena, Renan Honorio Quinalha e Vanessa Figueiredo Lima.

I. Apresentação

A Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia é um projeto de extensão voltado ao desenvolvimento da educação em direitos humanos, vinculado à Faculdade de Direito e à Pró-Reitoria de Extensão da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

O projeto tem como finalidade fomentar a educação em direitos humanos intra e extramuros da Faculdade de Direito da UFBA, a partir da atuação de duas diretorias: a diretoria de coordenação jurídica e a diretoria de políticas externas.

A coordenação jurídica objetiva proporcionar aos membros da Clínica um espaço no qual estes possam atuar de forma efetiva em casos que debatam temas que versem sobre a temática dos direitos, a partir do envio de observações como *amicus curiae* para tribunais nacionais e internacionais.

Por sua vez, a diretoria de políticas externas busca fomentar o ensino dos direitos humanos para além dos muros da universidade, através da organização de eventos, como palestras e audiências públicas, em escolas das redes pública e privada e espaços legislativos.

Neste contexto, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia envia suas observações à Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando contribuir com a construção do presente marco legal.

II. Metodologia

As presentes observações encontram-se divididas nos tópicos que analisam cada um dos eixos temáticos apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua solicitação de Opinião Consultiva.

O trabalho foi desenvolvido por meio da perquirição de documentos e sentenças do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, além de demais sistemas regionais de proteção de direitos humanos e da Organização das Nações Unidas; de dados estatísticos de entidades estatais brasileiras e internacionais; de processos judiciais internos; de doutrina brasileira e internacional; da legislação brasileira e internacional e; de dados da imprensa brasileira e internacional.

De igual maneira, a equipe redatora destas observações contactou o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, com fito de obter informações específicas sobre cada um dos eixos temáticos acerca dos quais estas observações versam, com ênfase no sistema prisional brasileiro, tendo recebido prontamente respostas a seus questionamentos mediante documento que segue anexo.

III. Contexto Geral

A. Do contexto da Solicitação da Opinião Consultiva.

Em novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) enviou a Solicitação de Opinião Consultiva, ora examinada, "*Sobre enfoques diferenciados em matéria de Pessoas Privadas de Liberdade*"¹, à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Reconhecendo as “*deploráveis condições de detenção que caracterizam o cárcere na região (Américas)*”, a solicitação da CIDH objetiva a construção de um marco jurisprudencial acerca da situação de grupos - em especial, a situação de risco no contexto de privação de liberdade. Tal construção, deverá ter como norte a interpretação conjunta das obrigações interamericanas que versem sobre os Princípios da Igualdade e da Não Discriminação,

Nesta perspectiva, a CIDH chama a Corte IDH a se debruçar sobre as condições de cárcere de cinco grupos específicos no contexto do continente americano: i) mulheres grávidas, em período pós-parto e lactantes; ii) pessoas LGBTQ+; iii) indígenas; iv) idosos; e v) crianças que vivem com suas mães na prisão.

A CIDH enfatiza que as discriminações que tais grupos sofrem diretamente a partir da condição de cárcere é que são o objeto da consulta, não a sua condição de vulnerabilidade *per se*.

B. Do cárcere nas Américas. Da atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em março de 1993, a CIDH emitiu seu primeiro informe versando sobre privação de liberdade no contexto prisional², inaugurando essa pauta no Sistema interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Neste, o Estado Argentino é denunciado por deter, sem qualquer ordem

¹ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Solicitud de opinión consultiva sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2224>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

² Análise dos informes proferidos pela CIDH sobre pessoas privadas de liberdade. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/decisiones/cidh.asp>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

judicial, treze indivíduos, entre 1976 e 1983 (durante período ditatorial), sob condições opressivas, em um ambiente de tortura e execuções sumárias³.

Desde então, a CIDH construiu sólida atuação na garantia da observância dos Direitos Humanos em penitenciárias e outros locais de privação de liberdade no hemisfério ocidental. Nesta perspectiva, a partir de 2004, a Comissão Interamericana passou a realizar visitas *in loco* em centros de detenção, a fim de avaliar e relatar como são as condições de cárcere nos países signatários. Até setembro de 2020, a CIDH havia feito um total de trinta e três visitas a centros de detenções na América Latina e Caribe - destas, três foram ao Brasil (2005, 2006 e 2018)⁴.

Dentre tais visitas, destacam-se aquelas realizadas em centros de detenção de menores (Guatemala 2004, Honduras 2004, Brasil 2005, República Dominicana 2006, Brasil 2006, Chile 2008, Paraguai 2014, Guatemala 2017 e Honduras 2018) e em prisões femininas (Colômbia 2005, Bolívia 2006, Argentina 2006, Haiti 2007, Chile 2008, Equador 2010, Paraguai 2014, Argentina 2017, Guatemala 2017, Honduras 2018 e Brasil 2018)⁵.

Na Corte IDH, a privação de liberdade pessoal com base na atuação estatal foi objeto de diversas Medidas Provisórias endereçadas ao Brasil: i) Caso da Penitenciária de Urso Branco (2002)⁶; ii) Caso dos Adolescentes e Crianças Privadas de Liberdade no Complexo Tatuapé - FEBEM (posteriormente renomeada para Fundação CASA) (2005)⁷; iii) Caso das Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, São Paulo (2006)⁸; iv) Caso da Unidade de Internação Socioeducativa (2011)⁹; v) Caso do

³ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 1/93. Informe sobre solución amistosa respecto de los casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496 10.631 y 10.771. Argentina, 3 de marzo de 1993.

⁴ Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/paises.asp>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁵ Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/paises.asp>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de Junio de 2002. Caso de la Cárcel de Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁷ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Noviembre de 2005. Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé de FEBEM. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Julio de 2006. Caso de las Personas Privadas de Libertad em la Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de Febrero de 2011. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/socioeducativa_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Complexo Penitenciário de Curado (2014)¹⁰; vi) Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (2014)¹¹; e vii) Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

Em fevereiro de 2017, endereçando Resolução conjunta aos casos da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, a Corte IDH afirmou que tais centros de detenção não cumpriam estándares mínimos, estipulados pela comunidade internacional, no que tange à manutenção de pessoas privadas de liberdade. A Corte menciona expressamente a ocorrência de superlotação e violência carcerária - citando, inclusive, a alta taxa de mortalidade da população presidiária, por causas violentas e não violentas -, cenário que, segundo o órgão, configura tortura e tratamento degradante, uma violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹².

No caso dos Adolescentes e Crianças Privadas de Liberdade no Complexo Tatuapé, que envolve um grupo em situação de vulnerabilidade que não é objeto direto desta Solicitação de Opinião Consultiva, a Corte IDH afirmou que o cenário de constante violência carcerária e de precárias condições de higiene e saúde na unidade, bem como a inexistência de acesso à educação, ao trabalho e às medidas de ressocialização no local, expõem a vida e a integridade dos reclusos em grave risco de vulnerabilidade¹³.

No próprio texto da solicitação aqui examinada, a CIDH afirma que tal cenário não se restringe à realidade dos centros de detenção brasileiros acima mencionados. Segundo o órgão quase-judicial, em termos gerais, as penitenciárias e centros de detenção americanos possuem riscos consideráveis à vida e integridade pessoal daqueles que ali se encontram detidos. Nesse sentido, a superlotação, a inexistência de separação entre presos provisórios e sentenciados, a falta de infraestrutura, saúde e higiene nos locais de detenção são listadas como barreiras ao

¹⁰ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de Mayo de 2014. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de Noviembre de 2014. Asunto del Complejo Penitenciario de Pedrinhas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹² OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de Febrero de 2017. Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa, del Complejo Penitenciario de Curado, del Complejo Penitenciario de Pedrinhas, y del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

¹³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Noviembre de 2005. Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo do Tatuapé de FEBEM. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01.pdf. Acesso em 23 de setembro de 2020.

efetivo cumprimento das obrigações ante os Direitos Humanos no contexto carcerário pelos países partes.

C. Do uso da pena nas Américas. Da seletividade penal.

Em que pese a CIDH tenha optado por delimitar o objeto desta Solicitação de Opinião Consultiva nas discriminações sofridas pelos grupos em exame a partir da condição carcerária, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia entende que a análise do uso da pena como veículo de promoção de discriminação estrutural pelos Estados é pressuposto necessário para a investigação daquelas.

Historicamente, o instituto do cárcere é utilizado como meio de afastar do convívio social aqueles indivíduos tidos como indesejáveis pela classe dominante. Sobre o tema, Juarez Cirino afirma que:

Desse modo, Foucault insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais, desde a exploração legal do trabalho, até o regime de propriedade da terra, fazendo pleno emprego de categoriais marxistas: a lei penal é definida como instrumento de classe, produzida por uma classe para aplicação as classes inferiores; a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela gestão diferencial das ilegalidades; a prisão seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela repressão da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinqüência convencional como ilegalidade fechada, separada e útil, e o delinqüente comum como sujeito patologizado, por um lado, e pela imunização da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado¹⁴.

Nesta perspectiva, de uma "gestão diferencial das ilegalidades", o sistema jurídico estatal impõe, a partir da aplicação da norma, uma lógica jurídica que valida e ratifica os privilégios daqueles que detém o poder, criando uma seletividade penal que, apesar de invisível no texto legal, resta escancarada na realidade carcerária.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58, jan/fev 2006, p. 293. Nesse mesmo sentido, cf.: FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987, p. 241-248; SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 56-57.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Segundo Raul Cervini, tal cenário repercute em uma "distribuição desigual das conseqüências (sic) do delito" cujo fruto é o surgimento do estereótipo de criminoso:

[...] uma rápida observação do problema revelam com total clareza que o custo do delito não é distribuído equitativamente na sociedade onde ocorre. Geralmente, são os segmentos mais despossuídos e vulneráveis da população que suportam a carga mais pesada. Essa distribuição desigual das conseqüências (sic) do delito contradiz-se ao objetivo declarado na maioria das sociedades de diminuir a desigualdade e promover a justiça social. Sabe-se que grande parte das populações carcerária encontra-se representada desproporcionalmente por indivíduos de poucos recursos, já maioria dos delitos conhecidos e julgados é praticada por pessoas dos segmentos marginais, o que de nenhuma maneira garante ou confirma que somente os pobres delinquem. O que acontece é que o sistema atua com mecanismos seletivos, o que em grande parte reforça o tratamento diferencial entre os fracos e os poderosos, surgindo um estereótipo de criminoso, como o de um indivíduo de classe baixa¹⁵.

Baseando-se no Levantamento de Informações Penitenciárias de 2014, elaborado pelo Departamento Nacional Penitenciário (Ministério da Justiça), em janeiro de 2017, o Nexo Jornal afirmou que no Brasil "o perfil do detento típico não é arbitrário"¹⁶. Segundo a publicação, a seletividade penal no contexto penitenciário brasileiro é nítida e possui contornos bastante definidos, relacionados à raça/etnia, posição ocupada na estrutura de classe, faixa etária e ao grau de escolaridade:

A maioria da população prisional possui apenas o ensino fundamental incompleto (53%) e está entre 18 e 29 anos (51%). E os presos são, sobretudo, negros. Em média, nas cadeias o percentual de raça/cor/etnia negra atinge 67%. No Acre, Amapá, Bahia e Amazonas, aproximadamente nove entre dez presos são negros.

A existência de um "detento padrão" não é exclusividade das penitenciárias brasileiras. Analisando a semelhança no perfil de detentas em centros de detenções femininas, a partir de sua experiência pessoal/profissional, Angela Davis relata: “[...] me senti como se estivesse no mesmo lugar. Não importa o quão longe eu viajasse através do tempo e do espaço de 1970 a

¹⁵ CERVINI, Raul. Os processos de descriminalização. Tradução de Eliana Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 61.

¹⁶ PERES, Thiago Brandão. Criminalização de jovens, negros e pobres: um retrato do sistema penitenciário brasileiro. Nexo Jornal, 14 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2017/Criminalização-de-jovens-negros-e-pobres-um-retrato-do-sistema-penitenciário-brasileiro>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

2000, e da Casa de Detenção feminina em Nova Iorque (onde eu mesma estive presa) até a prisão feminina em Brasília, Brasil”¹⁷.

Essa seletividade penal, presente em todas as cadeias e penitenciárias do hemisfério, é um dos reflexos da modulação de determinados grupos sociais como inferiores¹⁸. Tal modulação, patrocinada pelo próprio sistema judicial estatal, contribui "para a construção de sujeitos mais passíveis de punição, justificando e naturalizando o aprisionamento em massa de determinados indivíduos em detrimento de outros"¹⁹. É a¹⁹ máxima do Estado vigilante, quem se apropriar da legitimidade da norma em abstrato a aplica como motor de estratificação social, a partir de recortes sociais, econômicos, culturais e, principalmente, raciais, bastante explícitos.

Nesse contexto, esta seletividade estatal atua para além do viés prisional/carcerário, traduzindo-se, nas palavras do professor camaronês Achille Mbembe, em uma necropolítica²⁰, quando o Estado escolhe quem deve viver e quem deve morrer. Segundo a professora e jornalista Rosane Borges, a necropolítica é visível na política de segurança pública dos estados brasileiros: baixos investimentos em inteligência para o combate a criminalidade e a "perseguição daquele que é considerado criminoso", geralmente o jovem negro, morador das comunidades e periferias das grandes cidades do país²¹.

A necropolítica é a política da morte adaptada pelo Estado. Ela não é um episódio, não é um fenômeno que foge a uma regra. Ela é a regra²².

D. Da Igualdade Perante a Lei (art. 24/CADH).

Nesta perspectiva, a Solicitação de Opinião Consultiva, objeto destas Observações, propõe um recorte bastante claro: sob a óptica dos Princípios da Igualdade e da Não Discriminação, quais são os enfoques diferenciados e específicos necessários à salvaguarda dos Direitos Humanos dos grupos sociais ora analisados no contexto de privação de liberdade?

¹⁷ DAVIS, Angela. *Are Prisons Obsolete?*. New York: Seven Stories Press, 2003, p. 527.

¹⁸ PICOLLI, Ana Clara Gomes; TUMELERO, Silvana Marta. *Mulheres e Seletividade Penal: “Raça” e Classe no Encarceramento Feminino*. Brasília: Temporalis, 2019, n. 38, p. 204; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

¹⁹ PICOLLI, Ana Clara Gomes; TUMELERO, Silvana Marta. *Mulheres e Seletividade Penal: “Raça” e Classe no Encarceramento Feminino*. Brasília: Temporalis, 2019, n. 38, p. 204.

²⁰ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

²¹ FERRARI, Mariana. *O que é necropolítica. E como se aplica à segurança pública no Brasil*. Ponte Jornalismo, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil/>. Acesso em 28 de setembro de 2020.

²² Idem.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Como ponto de partida desta análise, é necessário tecer breves e genéricos comentários acerca do art. 24 da CADH: Igualdade Perante a Lei. Breves, porque o tema já é bastante difundido, tanto no Sistema Interamericano, quanto nas jurisdições nacionais, o que permite que a abordagem aqui seja realizada de forma mais direta; e genérico, uma vez que as especificidades de cada grupo serão analisadas, de forma detalhada, nos eixos temáticos subsequentes. Assim, por ora, ponderar-se-á acerca da necessidade de garantia de proteções diferenciadas a certos grupos sociais, a partir de suas necessidades específicas.

A jurisprudência da Corte IDH é uníssona quanto ao reconhecimento de que "nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório"²³. Assim, uma distinção de tratamento somente implicará em uma discriminação se aquela não se orientar a um propósito legítimo, proporcional e fundamentado, ou seja, a norma que define o tratamento diferenciado não pode ter como objetivo um fim arbitrário²⁴, este deve guardar estreita relação com as necessidades sociais, econômicas e/ou culturais do grupo receptor do tratamento distinto. A Corte IDH ressalta que certas desigualdades de tratamento jurídico constituem, em verdade, veículos para a proteção daqueles juridicamente mais vulneráveis e para a própria realização da justiça²⁵.

Neste mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) defende que uma diferenciação somente poderá ser enquadrada como discriminatória, quando esta não restar fundamentada de forma razoável e objetiva²⁶.

Ao longo dos próximos eixos, analisar-se-á, sob a luz do SIDH, aquelas distinções de tratamento exigíveis a fim de garantir o pleno exercício dos Direitos Humanos dos grupos ora analisados no contexto carcerário.

²³ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada com a Naturalização, §56.

²⁴ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada com a Naturalização, §57.

²⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionada com a Naturalização, §56.

²⁶ Conselho Europeu. Corte Europeia de Direitos Humanos. Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in Brasil

IV. Mulheres grávidas, lactantes e no puerpério

De acordo com a Organização das Nações Unidas, a região latino-americana e caribenha concentra os piores índices de violações de direitos das mulheres²⁷. Em tal contexto, é possível perceber a existência de discriminação estrutural em desfavor de mulheres na região, marcada pela existência de padrões de desigualdade *de facto* como resultado de um processo sistemático de exclusão de tal grupo social²⁸.

Destarte, o padrão de discriminação em comento pode surgir da confluência de critérios interseccionais, com a inserção de indivíduos em mais de um grupo vulnerável²⁹, situação facilmente verificada nas vidas de mulheres que se envolvem com o sistema de justiça penal, uma vez que usualmente se encontram em condições de pobreza.

Nesse aspecto, o combate a esse padrão de discriminação perpassa pela promoção do que se entende por igualdade como não submissão³⁰, diante da qual o Estado possui o dever de tratar os desiguais de forma desigual³¹.

Com efeito, o direito internacional dos direitos humanos confere atenção à temática. No Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, o principal marco normativo sobre a questão são as Regras de Bangkok – Regra das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Cumprе ressaltar que, atinente à higiene e aos serviços de saúde, as regras de Bangkok nº. 5, nº. 6, nº. 15 e nº. 39 apontam, respectivamente, para a necessidade de fornecer acesso regular à água potável para crianças e mulheres, em particular àquelas grávidas e lactantes, bem como de fornecer serviço de saúde adequado, que leve em consideração o histórico reprodutivo da mulher prisioneira, incluindo-se a gravidez em curso ou recente.

²⁷ ONU. Del Compromiso a la Acción: Políticas para Erradicar la Violencia contra las Mujeres en América Latina y el Caribe, 2017. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/12/DEL_COMPROMISO_A_LA_ACCION_ESP.pdf. Acesso em 13 de setembro de 2020.

²⁸ QUIÑONES, Paola P. La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista IIDH, vol. 60, 2014, p. 206. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

²⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy e outros vs. Ecuador, 2015, §290.

³⁰ SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Revista Derecho y Humanidad, nº. 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005, p. 20. Disponível em: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17057/17779>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

³¹ FISS, Owen M. “Groups and the Equal Protection Clause”, Philosophy and Public Affairs, Volume 5, Número 2, 1976, p. 107. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6de1/152b3ca55046d06933cf35184b2f29f37fcf.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

De igual maneira, a regra nº. 22 preconiza que nenhuma punição de encarceramento solitário ou segregação disciplinar deve ser aplicada a mulheres grávidas, lactantes e mães com crianças que vivem em facilidades prisionais.

Por sua vez, as regras de nº. 48 a 52, que tratam especificamente de grávidas, lactantes e mulheres encarceradas com seus filhos, consubstanciam, em linhas gerais, a necessidade de fornecer informação e aconselhamento para tais indivíduos sobre alimentação e hábitos de saúde adequados; o dever de ofertar a oportunidade para que realizem exercícios regularmente e passem o máximo de tempo possível com seus filhos; o dever de não desencorajar mulheres a amamentarem seus filhos e; tratar a separação entre mãe e criança com sensibilidade, com vistas ao melhor interesse da criança, possibilitando visitas de maneira maximizada.

Sob outro prisma, as Regras Mínimas para Tratamento de Presos da Organização das Nações Unidas, conhecidas como Regras de Mandela, igualmente abordam a temática das mulheres grávidas, no puerpério e lactantes encarceradas, estabelecendo, na regra de nº. 28, a necessidade de criação de instalações especiais para o cuidado e tratamento de mulheres grávidas reclusas, bem como de realização de parto em tais instalações ou, na medida do possível, em um hospital civil.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as obrigações estatais quanto às mulheres grávidas, no puerpério e lactantes reclusas são extraídas da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, bem como da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará.

Com efeito, a jurisprudência dessa Corte Interamericana de Direitos Humanos é firme no sentido de que os indivíduos sujeitos a um padrão de discriminação estrutural, a exemplo das mulheres reclusas, são titulares de proteção especial³².

Assim, em sendo as mulheres um grupo vulnerável, mais ainda as mulheres grávidas, no puerpério ou lactantes encarceradas, os Estados-parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos possuem a obrigação de adotar medidas positivas de proteção especial direcionadas para o referido grupo, atendendo às particularidades inerentes às condições de reclusão dessas mulheres.

Nesta senda, esse Tribunal Interamericano já reconheceu a necessidade de conferir proteção especial a mulheres grávidas e lactantes encarceradas, envolvendo atenção à saúde no

³² OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, 2016, §337.

pré-natal e no pós-natal, condições sanitárias adequadas em penitenciárias e a manutenção de visitas apropriadas entre mães e filhas(os)³³.

Frise-se que tal entendimento pode ser extraído da observância da Convenção de Belém do Pará, que, em seu artigo 7º, trata dos deveres dos Estados, fazendo surgir a necessidade da adoção de medidas positivas para promover uma gestão prisional sensível às particularidades de gênero, buscando a eliminação da discriminação substancial que mulheres encarceradas sofrem.

Diante do exposto, serão abordadas as obrigações específicas dos Estados concernentes: i) à alimentação, vestimenta e ao acesso à assistência médica e psicológica de mulheres grávidas, no puerpério e lactantes encarceradas; ii) às condições durante o trabalho de parto de mulheres reclusas; iii) às medidas de segurança a serem adotadas no transporte de mulheres grávidas; iv) ao direito à informação de mulheres grávidas, no puerpério e lactantes encarceradas e; v) à manutenção de vínculo familiar estreito entre mulheres privadas de liberdade e seus filhos e filhas na primeira infância.

Destarte, considerando que a organização que ora submete as presentes observações se encontra localizada no Brasil, o exame proposto será realizado com observações eventuais acerca das particularidades desse país.

Inicialmente, cumpre mencionar que o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, sendo 5,8% dos indivíduos reclusos mulheres. Em tal aspecto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já demonstrou preocupação com o crescimento da população carcerária feminina, que entre 2000 e 2016 aumentou o dobro em comparação com o crescimento da porcentagem de homens presos³⁴.

Com efeito, a realidade do cárcere feminino no Brasil é a de *"perpetuação das vulnerabilidades e seletividades em prática extramuros"*, uma vez que existe um perfil característico de mulheres brasileiras em reclusão: jovens, pardas ou pretas, em situação de pobreza, mães e condenadas por crimes relacionados ao tráfico de drogas ou contra o patrimônio³⁵.

³³ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru, 2006, §§330-331.

³⁴ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Observações preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil, 2018.

³⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, nº. 51. Brasília, 2015, p. 15.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Pode-se afirmar, nesse sentido, que as penitenciárias femininas brasileiras não respeitam os parâmetros nacionais, estabelecidos pela Lei nº. 7.210/84 – Lei de Execução Penal Brasileira (LEP), ou mesmo os estândares internacionais de direitos humanos, havendo diversas violações principalmente dos direitos sexuais, reprodutivos e daqueles relacionados ao acesso à saúde especializada das reclusas³⁶.

Assim, adentrando-se na análise proposta, no que diz respeito à alimentação, vestimenta e acesso à assistência médica e psicológica de mulheres grávidas, no puerpério e lactantes, importa destacar que esse Tribunal Interamericano já reconheceu que os Estados possuem a obrigação de ofertar atenção médica periódica, adequada e específica para conservar a saúde de pessoas pertencentes a esses grupos³⁷, fornecendo-lhes alimentação em quantidade, variedade e qualidade suficientes para que tenham condições mínimas de vida digna³⁸.

No que tange ao Brasil, a CIDH reconheceu que as condições de encarceramento no país são deploráveis, com altos níveis de superlotação, infraestrutura precária, negligência na atenção médica, completa falta de higiene, ausência de artigos de necessidades básicas e falta de tratamento diferenciado em relação aos diferentes tipos de população carcerária³⁹.

Nesse aspecto, tendo em vista que prisões costumam ser ambientes com condições inadequadas de higiene e alimentação, escasso acesso a cuidados médicos e recursos, mulheres grávidas, lactantes e no puerpério raramente recebem os cuidados de saúde adequados no cárcere⁴⁰.

Isto porque mulheres prisioneiras são objeto de dupla vulnerabilidade: para além das particularidades de gênero, biológicas ou sociais, essas últimas oriundas dos papéis de gênero culturalmente atribuídos, há também os riscos inerentes ao pertencimento de um grupo minoritário no universo de prisioneiros, constituído majoritariamente por homens, o que pode levar suas necessidades especiais a serem desconsideradas⁴¹.

Em tal esteira, a atenção especializada dirigida ao grupo, nos termos das obrigações derivadas do artigo 1.1 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, visam, em

³⁶ Idem.

³⁷ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai, 2006, §177.

³⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, §221.

³⁹ OEA. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Observações preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil, 2018.

⁴⁰ ONU. Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment, 2008.

⁴¹ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

primeiro lugar, não vulnerar o direito à vida, em seu aspecto positivo, relativo à salvaguarda de uma vida digna, com acesso a serviços estatais e condições de existência básicas⁴².

Adicionalmente, essa obrigação é estabelecida como forma de assegurar a proteção ao direito à vida em seu aspecto negativo, bem como ao direito à integridade pessoal, em suas acepções física e psicológica, uma vez que a ausência de atenção médica adequada para mulheres grávidas e no puerpério é causa de alta mortalidade e morbidade materna⁴³, cabendo a adoção de medidas preventivas, especialmente considerando-se a condição de garante do Estado face às pessoas reclusas⁴⁴.

Assim sendo, há que se garantir condições de detenção compatíveis com a dignidade pessoal⁴⁵ das mulheres grávidas, no puerpério e lactantes. As referidas condições perpassam incontestavelmente pelo atendimento de suas necessidades específicas, inerentes aos momentos em que se encontram; do contrário, seria verificada uma violação da igualdade substancial.

Com efeito, cumpre observar que, em termos gerais, essa Corte Interamericana reconhece como condições dignas de detenção o acesso à água potável para consumo e para a realização de asseio pessoal, a alimentação nutritiva e de qualidade, a atenção médica regular, a oportunidade de recebimento de visitas regulares, o acesso a luz natural ou artificial, ventilação e condições adequadas de higiene nas celas, a utilização de serviços sanitários com condições de higiene e privacidade igualmente adequadas, dentre outros, inexistindo a possibilidade dos Estados alegarem dificuldades econômicas para descumprirem tais padrões mínimos⁴⁶.

Isto porque, visando garantir a melhor evolução possível para o binômio mãe-feto/mãe-criança, cabe ao Estado oportunizar as melhores condições emocionais, alimentares e ambientais possíveis⁴⁷.

Nesta senda, no que diz respeito à alimentação, mulheres grávidas possuem necessidades específicas de suplementação de nutrientes, por meio do aumento de consumo na

⁴² OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Villagrán Morales e outros (Meninos de Rua) vs. Guatemala, 1999, §191.

⁴³ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Xàkmok Kàsek vs. Paraguai, 2010, §233.

⁴⁴ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, 2003, §111.

⁴⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Neira Alegría e outros vs. Peru, 1995, §60.

⁴⁶ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras, 2012, §67.

⁴⁷ PEIXOTO, Sérgio et al. Manual de assistência pré-natal. 2ª ed. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetria (FEBRASGO), 2014.

dieta ou pelo uso de suplementos alimentares⁴⁸. Ademais, devem ser realizados esforços para que gestantes reclusas tenham acesso a uma dieta com altos níveis de proteína, rica em frutas e vegetais frescos⁴⁹.

Por sua vez, há que se conferir especial atenção também às mulheres lactantes, tendo em vista que a ausência de alimentação balanceada para atender às necessidades nutricionais da fase de lactância pode levar à escassez de leite materno, o que impacta na correta alimentação e desenvolvimento de crianças⁵⁰. Nesse sentido, mães lactantes devem ter acesso à alimentação suplementar de acordo com suas condições biológicas particulares⁵¹.

Sob outro prisma, no que tange às condições de higiene a serem observadas, há que se conferir especial atenção ao livre acesso a instalações sanitárias, em qualquer momento que seja necessário, munidas com produtos de higiene essencial adequados, a exemplo de lenços umedecidos, sabonetes, *shampoos*; do contrário, o fornecimento inadequado desses itens configura, *per se*, tratamento degradante⁵².

Adicionalmente, deve-se garantir que mulheres grávidas, lactantes ou no puerpério vivam em ambientes salubres, com adequadas condições de aquecimento ou resfriamento e acesso ao ar fresco e à luz natural⁵³.

A par das considerações anteriores, esse grupo também possui demandas particulares no que concerne às vestimentas, tendo em vista as transformações sofridas pelo corpo humano durante o período de gestação. Assim, devem ser fornecidas roupas que atendam aos estágios de desenvolvimento corporal das gestantes e não prejudiquem o equilíbrio da mulher, já afetado pela gravidez, que ocasiona dificuldades para o sistema nervoso central na tarefa de manter o centro de gravidade, evitando-se acidentes como tropeções e quedas⁵⁴.

Nessa esteira, cumpre rememorar que a manutenção de um indivíduo em detenção com falta de ventilação e luz natural, sem acesso a vestimentas adequadas nem condições satisfatórias de higiene constitui uma violação a sua integridade pessoal, contrariando a obrigação estatal de garantir aos reclusos uma existência em condição de dignidade pessoal⁵⁵.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

⁵⁰ ONU. Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment, 2008.

⁵¹ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ BIRCH, K et al. Stature loss and recovery in pregnant women with and without low back pain. *Am Acad Phys Med Rehabil*, 2003, p. 507-512.

⁵⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Tibi vs. Equador, 2004, §150.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Por outro ângulo, em relação à assistência médica e psicológica, cumpre tratar das necessidades médicas específicas das mulheres grávidas, lactantes e puérperas, sendo certo que esses momentos são historicamente admitidos como períodos de sobrecarga do organismo materno devido à ocorrência de alterações funcionais, respiratórias e hormonais⁵⁶.

Com efeito, mulheres grávidas, lactantes e no puerpério devem ser contempladas com uma atenção médica pré-natal e pós-parto, fornecida por profissionais devidamente treinados para tanto, que atenda aos protocolos médicos sobre a temática, buscando-se evitar a mortalidade e morbidade materna⁵⁷.

A título de exemplificação, no Brasil, a população privada de liberdade possui acesso às ações e aos serviços de assistência à saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando-se garantir o direito à saúde e o acesso com equidade.

Nesse contexto, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) forneceu à instituição subscritora dessas observações informações acerca da criação, pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP, bem como compartilhou dados que apontam o aparelhamento de 937 Unidades Básicas de Saúde em Estabelecimentos Penais, dentre estas, 43 unidades com recorte de gênero e Centros de Referência à Saúde Materno Infantil.

Assim, resta claro que o acompanhamento pré-natal e pós-natal deve ser garantido em equivalência àquele disponível fora dos estabelecimentos prisionais, por meio de equipe especializada nesses cuidados, além dos cuidados pediátricos⁵⁸, sendo certo que quaisquer consultas ou exames devem ser realizados sem a utilização de algemas nas pacientes⁵⁹.

Nesse ponto, cumpre rememorar o caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*, apreciado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, pioneiro ao tratar da ausência de assistência de saúde para mulheres grávidas e mortalidade materna no âmbito do direito internacional dos direitos humanos⁶⁰. No referido precedente, foi plasmada a obrigação do Estado brasileiro de proteger os direitos à vida, à saúde

⁵⁶ PEIXOTO, Sérgio et al. Manual de assistência pré-natal. 2ª ed. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014.

⁵⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Xàkmok Kàsek vs. Paraguai, 2010, §233.

⁵⁸ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ COOK, Rebecca J. Human Rights and Maternal Health: Exploring the Effectiveness of the Alyne Decision, Global Health and the Law. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2013, p. 103.

e à não discriminação das mulheres por meio do acesso oportuno à assistência de saúde materna adequada⁶¹.

Neste ensejo, deve ser conferida especial atenção às questões de saúde que levam a uma gravidez de risco, a exemplo da diabetes *mellitus* gestacional ou preexistente à gestação, anemia, hipertensão arterial, que podem ser amenizadas por meio de uma dieta balanceada; ou de outras questões como as doenças de tireoide, a infecção pelo vírus da imunodeficiência humana, a epilepsia ou as trombofilias, que requerem assistência médica constante⁶².

Igualmente, há que se promover a identificação dos demais riscos associados à gestação, como a procedência da gestante, da idade, altura e peso maternos, a existência de anomalias estruturais dos órgãos reprodutivos, a idade da menarca e a duração do ciclo menstrual, a exposição a agentes físicos, químicos e biológicos nocivos, a exposição a esforço físico, as condições ambientais desfavoráveis, a má aceitação da gestação, dentre outros⁶³.

Ademais, as mulheres no puerpério, sujeitas à depressão pós-parto e a episódios de crises psiquiátricas ou comportamentais, devem ter um acompanhamento multifacetado, envolvendo psicólogos clínicos, apoio psicossocial, aconselhamento e um tratamento humanizado para que sejam evitadas condutas prejudiciais⁶⁴.

Por sua vez, durante o trabalho de parto, deve ser dispensado às mulheres gestantes um tratamento compatível com a dignidade pessoal, a começar de sua transferência para a instalação em que ocorrerá o procedimento.

Deve ser observado que crianças não devem nascer em estabelecimentos prisionais, ambientes que, via de regra, apresentam condições de higiene totalmente inadequadas para a realização de quaisquer procedimentos médicos.

No referido contexto, em atenção às particularidades do corpo da gestante, em especial ao equilíbrio corporal, pressão arterial, obstacularização da circulação e do movimento fetal, não devem ser utilizadas algemas durante o seu transporte - seja ele para realização de exames em estabelecimentos profissionais ou durante o trabalho de parto -, tampouco durante o parto,

⁶¹ ONU. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil. Comunicado CEDAW/C/49/D/17/2008, 2011.

⁶² NASCIMENTO, Dênis J. et al. Manual de Orientação de Gestação de Alto Risco. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2011.

⁶³ PEIXOTO, Sérgio et al. Manual de Orientação de Assistência pré-natal. 2ª ed. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2014.

⁶⁴ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

o que configuraria um tratamento desumano e degradante. Nesse aspecto, devem ser adotados outros meios de garantir a segurança sem vulnerar a integridade pessoal da gestante⁶⁵.

A título de exemplificação, importa destacar que o Código de Processo Penal brasileiro proíbe expressamente o uso de algemas em tais casos:

Art. 292, parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato⁶⁶.

Assim, o transporte, trabalho de parto e parto devem ser realizados de maneira a respeitar os direitos humanos das mulheres gestantes, com o correto acompanhamento profissional e em condições de dignidade pessoal.

No que concerne ao parto, há que se observar que a violência obstétrica é uma prática generalizada e sistemática, se constituindo em uma forma estrutural de discriminação⁶⁷. Dessa maneira, durante o parto, é importante respeitar a integridade pessoal das mulheres, não realizando toques vaginais desnecessários, não administrando medicamentos sem informação nem consentimento, não violentando a mulher física ou psicologicamente⁶⁸.

Após esse momento, as mães devem ser acomodadas com seus bebês e encorajadas a amamentar, o que se chama de alojamento comum⁶⁹, uma vez que configura tratamento inumano e degradante a separação de mães e crianças imediatamente após o parto⁷⁰.

Sob outro prisma, quanto ao direito à informação de mulheres grávidas, no puerpério e lactantes encarceradas, cumpre aclarar que o direito de acesso à informação, consubstanciado no artigo 13 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, diz respeito à obrigação estatal positiva de oportunizar aos cidadãos o acesso à informação disponível em seu poder⁷¹,

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁶⁷ ONU. Assembleia Geral. Informe da Relatoria Especial sobre a Violência contra a Mulher. Enfoque baseado nos Direitos Humanos do maltrato e da violência contra a mulher nos serviços de saúde reprodutiva, com foco na atenção durante o parto e na violência obstétrica. A/74/137, 2019.

⁶⁸ ONU. Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Comunicado CEDAW/C/75/D/138/2018, 2018, §7.3.

⁶⁹ MARIANI NETO, Corintio. Manual de Orientação de Aleitamento Materno. São Paulo: Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), 2006.

⁷⁰ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

⁷¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, 2006, §§76-78.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

constituindo instrumento essencial para o exercício informado dos direitos humanos dos grupos sociais vulneráveis⁷².

No Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, a salvaguarda do direito de acesso à informação é orientada pelo princípio da máxima divulgação, sob o qual a divulgação de informações deve ser a regra e o sigilo a exceção, e pelo princípio da boa-fé⁷³.

Nesta senda, importa observar que os Estados possuem a obrigação de produzir ou recolher informações necessárias para o cumprimento de suas obrigações, a exemplo de estatísticas sobre grupos vulneráveis, de modo a orientar a sua atuação para a promoção dos direitos humanos⁷⁴.

Por conseguinte, é possível concluir que os Estados-parte do SIDH possuem a obrigação de produzir e recolher informações sobre mulheres grávidas, lactantes e no puerpério encarceradas com vistas a cumprir o dever de adotar medidas positivas para promover uma gestão prisional sensível às particularidades de gênero, buscando a eliminação da discriminação substancial que esses grupos vivenciam no sistema carcerário.

Em tal contexto, analisando-se o quadro brasileiro, verifica-se que o Conselho Nacional de Justiça do Brasil inovou ao criar, em março de 2018, o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, que registrou, no final de fevereiro de 2018, 420 mulheres grávidas e 265 mulheres lactantes reclusas no país⁷⁵.

A referida medida surgiu após a Portaria nº. 15/2017 do mesmo órgão, que estabeleceu a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário.

Com efeito, não há notícias de atualização do referido cadastro nacional após 2018, o que demonstra defasagem nos dados disponíveis, situação que se insere no padrão mundial de invisibilização das mulheres detentas⁷⁶.

Contudo, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) mantém cadastro atualizado que dispõe de dados acerca de mulheres grávidas, lactantes e no puerpério reclusas,

⁷² OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual, volume II: Relatório Anual da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, capítulo III: Marco jurídico interamericano do direito à liberdade de expressão, 2008, §147.

⁷³ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano. 2ª edição, 2011, §§9, 15.

⁷⁴ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Diretrizes para a Elaboração de Indicadores de Progresso em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 2008, §58.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, 2018.

⁷⁶ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

consoante documento anexo de respostas a questionamentos da instituição subscritora das presentes observações. Assim, conforme esses dados, em 2019, existiam no Brasil 276 mulheres gestantes e 225 mulheres lactantes presas, sendo certo que, em todo o país, apenas haviam 70 estabelecimentos prisionais com celas adequadas para mulheres encarceradas nestas condições.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça também elaborou a primeira edição da Cartilha da Mulher Presa em 2011. O documento, cuja versão mais recente é datada de 2012, informa sobre os direitos da mulher encarcerada, inclusive as grávidas e lactantes, em uma linguagem acessível⁷⁷.

Nesse sentido, ainda que a data da versão mais recente indique certa defasagem, há que se pontuar que o Estado brasileiro tem empreendido esforços para oferecer informações sobre mulheres grávidas, lactantes e no puerpério reclusas.

Finalmente, no que se refere à manutenção de vínculo familiar entre mulheres privadas de liberdade e seus filhos e filhas na primeira infância, há que se pontuar que dados demonstram que filhas e filhos de pais presos são criados por suas mães, ao passo em que a recíproca não é verdadeira no que tange a filhas e filhos de mães presas⁷⁸.

Em tal cenário, verifica-se, por conseguinte, um alto número de crianças que vivem em estabelecimentos prisionais com suas mães, tendo em vista que estas usualmente são suas cuidadoras primárias e únicas⁷⁹.

Como reflexo da necessidade de proteção da vida privada de mães e crianças, deve-se garantir suas capacidades de desenvolvimento de personalidade própria por meio da definição das relações pessoais com outros seres humanos e com o mundo exterior. Nesse aspecto, inclusive, é pertinente apontar que essa Corte compreende que a maternidade é parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres⁸⁰.

Dessa forma, surge a problemática de avaliar se, e, em caso positivo, até quando, crianças podem viver com suas mães em prisões, considerando-se a oposição de duas questões delicadas: as circunstâncias dos estabelecimentos prisionais, que são ambientes inadequados para crianças, e o trauma gerado pela separação de mães e filhos(as).

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da Mulher Presa, 2012.

⁷⁸ ONU. Friends World Committee for Consultation (Quakers). Committee on the Rights of the Child, 2005, p. 2.

⁷⁹ Conselho da Europa. Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes. Factsheet Women in Prison, 2018.

⁸⁰ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Artavia Murillo e outros (Fertilização in Vitro) vs. Costa Rica, 2012, §143.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Observa-se que as legislações dos Estados permitem que crianças permaneçam com suas mães reclusas apenas por um determinado período de tempo; no Brasil, às presidiárias são asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação⁸¹.

Nesse sentido, quando finalmente ocorre a separação de crianças e suas mães encarceradas, geram-se traumas na vida de ambos os grupos, uma vez que se quebra o vínculo existente quando as crianças possuem tenra idade. Assim, tal separação deve ser amenizada por meio da convivência entre esses grupos, altamente benéfica tanto para as prisioneiras, tendo em vista que isso contribui para a reabilitação, quanto para as crianças⁸².

Destarte, os Estados devem garantir meios de facilitar o contato entre crianças, outros membros da família e mulheres encarceradas, auxiliando, inclusive, na divisão da responsabilidade pelo infante. Em tal aspecto, é cabível a atuação estatal na garantia de condições dignas na realização de visitas a essas reclusas, em locais com condições sanitárias apropriadas, com a abstenção de realizar inspeções vexatórias⁸³.

Percebe-se, portanto, que uma alternativa mais benéfica seria a substituição da medida privativa de liberdade cumprida em estabelecimentos prisionais pela prisão domiciliar.

Nesse ponto, importa destacar que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal concedeu um *habeas corpus* coletivo (HC 143.641), impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, em favor de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade presas preventivamente, para transformar em prisão domiciliar a prisão preventiva de mulheres gestantes e mães de crianças de zero a doze anos, ou de pessoas com deficiência⁸⁴.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, valorou positivamente o esforço do Estado brasileiro na incorporação da perspectiva de gênero na implementação da prisão domiciliar por meio da decisão em comento⁸⁵.

Com efeito, nessa decisão histórica, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi analisada a situação do acesso à justiça dessas mulheres, ressaltando-se a relevância de garantir

⁸¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988, artigo 5º, inciso L.

⁸² ONU. Handbook for prison managers and policymakers on Women and Imprisonment, 2008.

⁸³ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Observações preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil, 2018.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641, 2018.

⁸⁵ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Observações preliminares da visita *in loco* da CIDH ao Brasil, 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

um remédio processual efetivo, simples e rápido para que possam buscar a salvaguarda de seus direitos enquanto grávidas ou mães⁸⁶.

Concluiu-se que, mesmo após a entrada em vigor da Lei nº. 13.257/2016, que inseriu no Código de Processo Penal a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, os pedidos para a aplicação de tal previsão foram majoritariamente indeferidos.

Assim sendo, em que pese a solicitação de Opinião Consultiva nº. 05/2019 não trate especificamente do acesso à justiça de mulheres grávidas, puérperas e lactantes, cumpre a essa equipe redatora expor considerações acerca da questão.

No Brasil, o acesso à justiça de mulheres presas, em sua maioria pobres, é por demais insuficiente, nos termos dos dados da pesquisa "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", que demonstra que indivíduos com baixos níveis de escolaridade e renda encontram obstáculos para gozar desse direito⁸⁷. Nesse mesmo sentido, a pesquisa "Dar luz na sombra", promovida pelo Ministério da Justiça e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em seis estados brasileiros, constatou a precariedade no acesso à justiça dessas reclusas, tendo tratado de situações de separação precoce de mães e filhos e de internação das crianças em abrigos mesmo diante da existência de família extensa para ampará-las⁸⁸.

Nesta senda, a relevância do acesso à justiça é patente, especialmente considerando que o Conselho Nacional de Justiça divulgou dados que apontam que as mulheres grávidas, lactantes e puérperas reclusas são extremamente hipossuficientes, sendo certo que uma em cada duas mulheres presas entrevistadas não concluiu o ensino fundamental, tendo essa vulnerabilidade sido agravada durante a experiência de gravidez e do parto no cárcere⁸⁹, uma vez que:

Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos. Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641, 2018.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009. Brasília, 2011.

⁸⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, nº. 51. Brasília, 2015.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641, 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais. Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. (...) Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado⁹⁰.

Com efeito, tal demonstração de vulneração sistemática dos direitos básicos de grávidas, lactantes e puérperas encarceradas deixa clara a necessidade de salvaguarda das garantias judiciais, cabendo aos Estados possibilitar que esses indivíduos tenham acesso ao Poder Judiciário, por meio de defensores públicos ou privados.

No Brasil, contudo, percebe-se que há uma clara insuficiência das Defensorias Públicas Estaduais, que contam com profissionais em número reduzido, atuam em um número reduzido de municípios e encontram dificuldades para realizar contato com as reclusas⁹¹.

Importa pontuar que essa falha do Estado brasileiro leva outras agentes do sistema de justiça, como técnicas jurídicas, diretoras de unidades prisionais, assistentes sociais e delegadas a peticionarem ao judiciário em nome das reclusas⁹², situação que não é a ideal e não se coaduna com as obrigações convencionais oriundas do artigo 8º da CADH.

Para além disso, há que se garantir muito mais do que o acesso à justiça, mas sim o contato direto entre a reclusa e sua defensora ou seu defensor técnico, de forma a promover o desenvolvimento de mecanismos de escuta dessa mulher, amenizando-se a ansiedade e a angústia que enfrentam diante da incerteza de sua condição de encarceramento⁹³.

Por sua vez, os Estados também devem garantir a proteção judicial dessas mulheres, por meio de remédios processuais efetivos, simples e rápidos, para buscar a satisfação de obrigações legais e convencionais. Em tal aspecto, é possível verificar no Brasil o descumprimento de tal obrigação, tendo em vista que os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal não a aplicam.

Isto porque, conforme análise do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, de 468 decisões monocráticas sobre a temática proferidas por ministros do STF entre fevereiro de

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641, 2018.

⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, n.º. 51. Brasília, 2015, p. 73.

⁹² Idem.

⁹³ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, n.º. 51. Brasília, 2015, p. 78.

2018 e agosto de 2019, em apenas 73 decisões mulheres foram liberadas para prisão domiciliar, tendo 30 destas sido emitidas pelo relator do HC 143.641, o ministro Ricardo Lewandowski. Por outro lado, em 158 decisões foi negado seguimento às ações por requisitos formais, e 84 decisões indeferiram a aplicação do entendimento da própria Corte⁹⁴.

Adicionalmente, o documento anexo, de autoria do DEPEN, de respostas a questionamentos da instituição subscritora das presentes observações, informa que um número ínfimo de mulheres foi beneficiado pelas provisões do HC 143.641, consoante tabela constante das fls. 16/17 do referido arquivo.

Em tal cenário, sendo o Judiciário o principal agente promotor da garantia de direitos humanos das mulheres presas, deve-se promover a capacitação e a sensibilização dos profissionais desse poder para a aplicação de normas e precedentes concernentes à temática⁹⁵.

Assim sendo, resta claro que a decisão em comento representou um avanço mínimo para a problemática, sendo certo que sua aplicação pelos tribunais pátrios deve ser expandida, bem como que urge a extensão de seus efeitos para mulheres cumprindo penas definitivas, analisando-se circunstâncias dos casos concretos, de maneira a facilitar o acesso à justiça por meio da salvaguarda das garantias e da proteção judiciais.

Em conclusão, com fulcro nas normas de direito internacional dos direitos humanos acima apresentadas, é possível afirmar que, visando a salvaguarda dos direitos das mulheres grávidas, lactantes e no puerpério detidas, é necessária a criação de normativas e protocolos, após o estabelecimento expresso e sistematizado de estândares interamericanos por meio da competência consultiva desse tribunal, orientando-se os Estados a:

i) priorizar a aplicação de medidas substitutivas à pena privativa de liberdade cumprida em estabelecimento prisional, ou mesmo a conversão dessas penas em prisão domiciliar, para mulheres grávidas, lactantes e no puerpério, em detrimento da manutenção de crianças em estabelecimentos prisionais e da separação destas de suas mães;

ii) promover o acesso à justiça dessas mulheres, por meio da salvaguarda dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial;

⁹⁴ SAKAMOTO, Leonardo. STF descumpre a própria decisão e prejudica presas que são mães e grávidas. UOL, 12 de março de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/03/12/supremo-descumpre-sua-propria-decisao-e-afeta-presas-gravidas-e-maes.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, n.º. 51. Brasília, 2015, p. 78.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

iii) adotar gestão prisional sensível ao gênero, com a capacitação de uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais de saúde, agentes prisionais, assistentes sociais, dentre outros, capacitados para atuar com uma postura humanizada e em observância das obrigações específicas relativas às mulheres grávidas, no puerpério e lactantes reclusas;

iv) observar o exercício ou não do papel de cuidador primário de crianças por parte dessas mulheres;

v) criar programas que busquem ouvir as experiências de violência e vulneração de direitos humanos dessas mulheres, bem como suas necessidades específicas, utilizando esses relatos para orientar a promoção de medidas que busquem atender às necessidades referidas e combater a violação de seus direitos;

vi) observar as necessidades específicas das mulheres, assegurando o acesso à saúde, física e mental, condições de higiene e alimentação, dentre outras;

vii) adotar enfoques especializados no que diz respeito às mulheres grávidas, no puerpério e lactantes encarceradas, com a promoção de medidas positivas de proteção especial direcionadas para os referidos grupos e a implementação de políticas públicas concretas e multidisciplinares para o endereçamento do tema, incluindo-se a realização de pesquisas periódicas de avaliação da situação desses indivíduos, de modo a combater a defasagem de dados, tendo em vista a vulnerabilidade particular inerente às condições de reclusão dessas mulheres.

V. Pessoas LGBT+

Este tópico das Observações se centrará na análise do tratamento dispensado às pessoas LGBT+ privadas de liberdade. Para isso, foi observado o contexto de encarceramento desse grupo de pessoas na América Latina como uma introdução aos pontos destacados pela CIDH na sua solicitação de Opinião Consultiva. Tratando especificamente de tais pontos, esta equipe redatora optou por realizar uma análise ampla conjugada a uma análise específica e apartada de tais aspectos em relação às pessoas transgênero e travestis - esta equipe redatora considerará as pessoas travestis dentro do grupo assinalado pela CIDH na referida solicitação⁹⁶, visto que o grupo é historicamente um alvo da perseguição estatal, tendo presença marcante nos sistemas prisionais latino-americanos⁹⁷.

Na América Latina, a notável criminalização secundária das pessoas LGBT+ incrementa a sua presença nas prisões⁹⁸. Tamanho fenômeno decorre tanto da construção de estereótipos que relacionam a referida população a condutas criminosas - principalmente em prejuízo das pessoas transgênero e travestis -, quanto da negligência estatal em reconhecer tais indivíduos como sujeitos de direitos⁹⁹.

Não por outra razão, a CIDH, em seu informe *Violencia Contra Personas LGBTI*¹⁰⁰ e o Conselho de Direitos Humanos da ONU, nas *Observaciones Finales sobre el tercer, cuarto y quinto informe periódico sobre El Salvador*¹⁰¹ identificam, no continente americano, um contexto de criminalização da população LGBT+, ainda que sejam raras as leis que expressamente tipificam a expressão de determinadas identidades de gênero e orientações sexuais. Nesse cenário, é comum a existência de termos indeterminados nos textos legais, como “condutas obscenas”, “indecentes” ou “ofensas à moral e aos bons costumes”, imprecisões que

⁹⁶ O termo “travesti” originalmente foi dotado de um caráter pejorativo, atribuído às pessoas de sexo biológico masculino que performam trejeitos e usam vestimentas socialmente associadas aos padrões de gênero feminino. Este termo atualmente é ressignificado a partir da auto identificação destes sujeitos como grupo político dotado da sua própria subjetividade.

⁹⁷ GHOSH, Arijeet et al. Pessoas LGBTI+ em privação de liberdade: rumo a agendas participatórias e inclusivas de pesquisas e políticas nas periferias globais. Uma perspectiva do Brasil e da Índia. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 49.

⁹⁸ FERREIRA, Guilherme Gomes. Políticas de tratamento penal para LGBTI+ no mundo. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 33.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Violencia contra personas LGBT*, §87.

¹⁰¹ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observaciones Finales sobre el tercer, cuarto y quinto informe periódico sobre El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, §16.

abrem margem para a aplicação arbitrária da lei em desfavor daquelas pessoas que não estão em conformidade com as normas de gênero e/ou envolvendo sexualidades socialmente aceitas¹⁰², numa atuação estatal pautada por preconceito, discriminação e percepções subjetivas dos agentes de segurança¹⁰³.

Além disso, é necessário pontuar que as pessoas LGBTQ+, enquanto grupo historicamente marginalizado, encontram-se mais vulneráveis no contexto do cárcere¹⁰⁴. A criminalidade foi associada, por muito tempo, a comportamentos “naturalmente” masculinos (ou, então, compreendidos como masculinos)¹⁰⁵. Nesse cenário, as prisões foram construídas para receber pessoas que expressam um padrão de identidade gênero e orientação sexual relacionado aos moldes masculinos idealmente viris, cisgêneros e heteronormativos¹⁰⁶. Assim, as pessoas LGBTQ+ encontram-se suscetíveis a tratamentos discriminatórios e degradantes, oriundos tanto de outros reclusos quanto dos agentes de segurança, uma vez que destoam dos referidos padrões¹⁰⁷.

Com efeito, a violência e criminalização da população LGBTQ+ são marcas do tratamento dispensado a tais pessoas no contexto da restrição de liberdade, o que se evidencia tanto nas informações já apresentadas, como em casos como o da Verônica Bolina - mulher transexual que, mesmo inimputável, foi presa em uma cadeia masculina na cidade de São Paulo, agredida pelos agentes de segurança e teve sua imagem seminua, com o rosto desfigurado e cabelo raspado veiculada nas redes sociais¹⁰⁸. Assim, tal qual pontuou a CIDH em sua solicitação, os enfoques em matéria de pessoas LGBTQ+ privadas de liberdade devem se pautar, a princípio, nesta máxima.

Para analisar os tópicos destacados pela CIDH em sua solicitação, esta equipe redatora terá como base a realidade verificada no Brasil em comparação à normativa dada pelo direito internacional dos direitos humanos (DIDH). Conforme dados obtidos por esta equipe redatora

¹⁰² OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violencia contra personas LGBTQ, §88.

¹⁰³ Ibidem, §92.

¹⁰⁴ ONU. Interim report of the Special Rapporteur on Torture to the UN General Assembly, 5 August 2011, A/66/268, §67.

¹⁰⁵ ZAMBONI, Marcio Bressani. A população LGBTQ privada de Liberdade: sujeitos, direitos e políticas em disputa. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2020, p. 93.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 92.

¹⁰⁷ Asociación para la Prevención de la Tortura. Hacia la efectiva protección de las personas LGBTQI privadas de libertad, §19.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Caê. Verônica Bolina: como um caso de saúde mental virou caso de polícia. Ponte Jornalismo, 08 de março de 2020. Disponível em: <<https://ponte.org/veronica-bolina-como-um-caso-de-saude-mental-virou-caso-de-policia/>>. Acesso em 09 de outubro de 2020.

junto ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça do Brasil (DEPEN), estima-se que a população LGBT+ encarcerada, até março de 2020, totaliza 10.161 pessoas, dentre as quais 1.027 identificam-se como travestis, 611 como mulheres transexuais, 353 como homens transexuais, 2.284 como homens homossexuais, 2.425 como mulheres lésbicas, 1.164 como homens bissexuais, e 2.297 como mulheres bissexuais¹⁰⁹.

Em observância aos Princípios de Yogyakarta, o tratamento às pessoas privadas de liberdade deve ser adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero¹¹⁰. No Brasil, a Lei de Execução Penal (LEP), estabelecida pela Lei nº 7.210/1984, prevê a individualização da pena, objetivando que cada pessoa tenha suas necessidades individuais compreendidas no âmbito do cumprimento da pena¹¹¹. Apesar da referida lei não fazer menção ao tratamento específico e necessário às pessoas LGBT+, a referida individualização da pena constitui alternativa hermenêutica favorável para tal.

Contudo, o que se verifica é o contrário. A despeito da referida previsão legal, bem como da existência de documentos que referenciam o tratamento de pessoas LGBT+ encarceradas, é relatada a inobservância das garantias mínimas de proteção a este grupo de pessoas¹¹².

O primeiro passo para a garantia de um tratamento adequado às necessidades das pessoas detentas é a identificação da sua identidade de gênero e orientação sexual¹¹³. Neste ponto, a autodeclaração da condição de LGBT+ deve ser o esperado e encorajado pelos agentes estatais, e não imposta, devendo existir um ambiente favorável para tanto, no qual suas necessidades possam ser realmente ouvidas¹¹⁴.

Na sequência, as pessoas LGBT+ devem ser acomodadas em alas específicas, onde estejam resguardadas do risco de violência junto a outros detentos. Todavia, não se tolera o confinamento dessas pessoas em celas solitárias ou em outros espaços destinados à aplicação

¹⁰⁹ Como explicado pelo órgão ministerial na sua resposta, os dados apresentados não correspondem à totalidade que pode ser observada na realidade, uma vez que a administração dos estabelecimentos prisionais é de competência dos estados federados, de modo que os dados em mãos do DEPEN podem ser defasados.

¹¹⁰ Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007, Princípio 9.

¹¹¹ FERREIRA, Guilherme Gomes. Políticas de tratamento penal para LGBTI+ no mundo. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 37.

¹¹² *Ibidem*, p.28.

¹¹³ National Center for Transgender Equality. *Standing with LGBT prisoners: An Advocate's Guide to Ending Abuse and Combating Imprisonment*, p. 29.

¹¹⁴ *Idem*.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

de medidas disciplinares¹¹⁵, tampouco que lhes seja obstruído o acesso às facilidades necessárias para a manutenção de uma vida digna¹¹⁶. Isto porque, o objetivo não é segregá-las dos outros presos, mas sim garantir a proteção das pessoas LGBTQ+ face aos riscos aos quais possam estar expostas¹¹⁷.

No Brasil, a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) determina que as pessoas travestis e gays em penitenciárias masculinas sejam alocados em alas específicas, que não sejam celas solitárias ou espaços destinados a aplicação de medidas coercitivas¹¹⁸. No entanto, como verifica-se de observações feitas pelo próprio Estado brasileiro, as pessoas LGBTQ+, especialmente gays, bissexuais, travestis e transexuais em cadeias masculinas, em geral, não têm acesso a alas ou celas exclusivas, estando expostas a altos riscos de violência¹¹⁹.

Noutro giro, os Princípios de Yogyakarta estabelecem, ainda, o direito a visitas íntimas a todos os detentos, independentemente da orientação sexual e identidade de gênero deste ou de seu parceiro¹²⁰. No Brasil, a LEP institui o direito à visita íntima, mas não regula o gênero ou a sexualidade daqueles que teriam direito, sendo que, a princípio, só era garantida em prisões masculinas e a casais heterossexuais¹²¹, o que só mudou em 2001, com uma Portaria do Ministério da Justiça, que autorizou a visita íntima em prisões femininas¹²². A já citada Resolução Conjunta nº 1/2014 garante o direito à visita íntima às pessoas LGBTQ+¹²³, no entanto, se tem notado que tais visitas passam a ser encaradas como privilégios, e não direitos, num contexto no qual pessoas que fazem sexo e/ou se reacionam afetivamente com pessoas

¹¹⁵ Conselho Europeu. Corte Europeia de Direitos Humanos. X Vs. Turquia, §43.

¹¹⁶ Penal Reform International. LGBTI persons deprived of their liberty: a framework for preventive monitoring, p. 11.

¹¹⁷ ONU. Interim report of the Special Rapporteur on Torture to the UN General Assembly, 5 August 2011, A/66/268, §70.

¹¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução Conjunta nº 1, 15 de abril de 2014, art. 3º.

¹¹⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBTQ nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 121.

¹²⁰ Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007, Princípio 9.

¹²¹ ZAMBONI, Marcio Bressani. A população LGBTQ privada de Liberdade: sujeitos, direitos e políticas em disputa. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2020, p. 145.

¹²² Idem.

¹²³ BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução Conjunta nº 1, 15 de abril de 2014.

do mesmo gênero e/ou sexo biológico frequentemente são repreendidas ou até mesmo punidas por isso¹²⁴.

Do exposto, identifica-se, com base na realidade brasileira, as preocupações expressadas pela CIDH no tratamento das pessoas LGBT+. Esta equipe redatora analisará, ainda, as particularidades do tratamento das pessoas transgênero e travestis, tendo em vista o maior risco de violência a que estão expostas, como se vê adiante.

V.1. Enfoques em pessoas travestis e transexuais privadas de liberdade

A violação generalizada e sistemática dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade é de notável intensidade sobre a população travesti e transexual¹²⁵, porquanto envolvem sujeitos que, além do estigma do cárcere, são marcados pela discriminação fundada em padrões de gênero estabelecidos na sociedade, que tende a se potencializar no contexto da privação de liberdade¹²⁶.

Ao longo dos últimos anos, alguns avanços foram realizados nessa esfera, com a adoção de marcos normativos que propiciaram o reconhecimento de direitos das pessoas travestis e transgêneros¹²⁷. Todavia, a vulnerabilidade dessa população ainda se reverbera de inúmeras formas, especialmente no cárcere, por intermédio de práticas violentas e estigmatizantes de agentes estatais e de outros internos.

Entre as experiências discriminatórias vivenciadas por detentos e detentas travestis e transexuais, encontra-se o ingresso em estabelecimentos prisionais sem a devida consideração de suas identidades de gênero. Os Princípios de Yogyakarta estabelecem a necessidade de implementação de políticas de alocação adequadas às identidades e expressões de gênero das

¹²⁴ GHOSH, Arijeet et al. Pessoas LGBTI+ em privação de liberdade: rumo a agendas participatórias e inclusivas de pesquisas e políticas nas periferias globais. Uma perspectiva do Brasil e da Índia. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 68.

¹²⁵ ONU. Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/56/156, 2001, §23.

¹²⁶ GHOSH, Arijeet et al. Pessoas LGBTI+ em privação de liberdade: rumo a agendas participatórias e inclusivas de pesquisas e políticas nas periferias globais. Uma perspectiva do Brasil e da Índia. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 49.

¹²⁷ MORALES, Ari Vera et al. *Mujeres Trans Privadas de Libertad: La Invisibilidad Tras Los Muros*, 2020, p. 12.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

peçoas privadas de liberdade, bem como seja assegurado a participação desses detentos nas decisões relativas ao local de detenção¹²⁸, conforme, inclusive, já destacou a CIDH¹²⁹.

Essa medida é essencial para garantir a segurança de travestis e transexuais, especialmente no caso daqueles detidos em prisões masculinas, consoante será abordado posteriormente. Para tanto, é importante que sejam realizadas triagens por equipes multidisciplinares no momento de ingresso do apenado ao sistema prisional, com a garantia do caráter privado desses procedimentos¹³⁰, e nas quais sejam levados em consideração a identidade de gênero do preso e o seu local de preferência de detenção (em estabelecimentos masculinos ou femininos)¹³¹, tal qual a possibilidade de recorrer da decisão de alocação tomada pelas autoridades estatais¹³².

Entretanto, de acordo com pesquisa feita pelo *International Drug Policy Consortium*, em 20 países da América Latina apenas 8 possuíam algum tipo de regramento concernente ao alojamento de transgêneros em prisões¹³³. Além disso, mesmo nos países em que existem normas versando sobre o tema, observa-se um notável déficit na participação dos detentos nas decisões relativas ao local de detenção. É o caso, por exemplo, do Brasil.

No país, a Resolução Conjunta nº 1 do CNCD/LGBT e do CNPCP trata do encaminhamento da população transgênero, tanto masculina quanto feminina, para unidades prisionais femininas, além de dispor que as mulheres transexuais devem ser tratadas de modo isonômico em relação às das demais mulheres em privação de liberdade¹³⁴. Inclusive, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu, em sede cautelar, que mulheres transgêneros possam ser transferidas para presídios femininos¹³⁵.

¹²⁸ Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007, Princípio 9.

¹²⁹ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América, 2015, §157.

¹³⁰ Associação para a Prevenção da Tortura. Por uma Proteção Efetiva das Pessoas LGBTI Privadas de Liberdade: Um Guia de Monitoramento, 2018, p. 69.

¹³¹ ONU. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/31/57, 05 January 2016, §70.

¹³² Idem.

¹³³ MORALES, Ari Vera et al. Mujeres Trans Privadas de Libertad: La Invisibilidad Tras Los Muros, 2020, p. 7 e Anexo 3, *tabla D*.

¹³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução Conjunta nº 1, 15 de abril de 2014, art. 4º.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 527/DF, 26 de junho de 2019.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Na prática, entretanto, esses parâmetros de tratamento ainda não são realizados por todos os estabelecimentos prisionais brasileiros¹³⁶. Ainda, a aludida resolução e a decisão do STF não mencionam a possibilidade de consulta aos detentos e detentas durante o procedimento de alojamento, abrindo espaço para questões como a compulsoriedade da transferência¹³⁷. Nesse ponto, é oportuno mencionar relatos de mulheres transgêneros que não demonstraram interesse em serem transferidas para unidades prisionais femininas¹³⁸, bem como de presas encaminhadas a tais presídios por determinação judicial, mas que optaram por retornar aos estabelecimentos masculinos¹³⁹, evidenciando a importância das consultas no tocante à definição do local de detenção.

É importante destacar, também, o caráter genitalista das políticas de alocação, apontando para a identificação genital como critério de encaminhamento de apenados travestis e transgêneros para prisões masculinas (quando se trata de pessoa dotada de pênis) e femininas (quando se trata de pessoa dotada de vagina)¹⁴⁰, malgrado a construção da identidade desses indivíduos se dar independentemente de sua genitalidade¹⁴¹. A título exemplificativo, uma juíza da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal negou o pedido de transferência para um estabelecimento prisional feminino formulado por 11 presas provisórias, que se declararam mulheres transgêneros ou travestis, sob o argumento de que elas não haviam realizado a cirurgia de transgenitalização¹⁴².

Por fim, deve ser salientado que tanto a Resolução Conjunta nº 1 como a decisão cautelar do STF versam de maneira notavelmente insuficiente sobre as travestis e os homens transgêneros, que integram, assim como as mulheres transgêneros, um grupo de extrema vulnerabilidade.

¹³⁶ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 13.

¹³⁷ Ibidem, p. 11.

¹³⁸ Ibidem, p. 40.

¹³⁹ SAKAMOTO, Felipe; CABRAL, Lucas. Transferência para unidade feminina não garante a segurança de mulher trans. *Universa*, 09 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/07/09/decisao-do-stf-nao-garante-a-seguranca-de-mulheres-trans-presas.htm>>. Acesso em 21 de outubro de 2020.

¹⁴⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 12.

¹⁴¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva 24/17: Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a casais do mesmo sexo, §94.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Imprensa: Detentas transexuais não devem ser alocadas em presídio feminino, maio de 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/maio/presas-transexuais-nao-devem-ser-alocadas-em-presidio-feminino>>. Acesso em: 21/10/2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Recentemente, em 05 de outubro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução estabelecendo, entre outras coisas, que o local de privação de liberdade da população LGBTQ+ será determinado pela autoridade judicial após consultar o detento ou detenta sobre sua escolha, que pode, inclusive, ser objeto de alteração a qualquer momento, como forma de garantir o direito à vida e à integridade física e mental do indivíduo¹⁴³. Ao tempo em que se percebe um claro avanço quando comparada às normativas mencionadas anteriormente, ainda não é possível afirmar se a resolução será efetivamente cumprida, especialmente por esta só entrar em vigor 120 dias após sua data de publicação.

O desrespeito à identidade de gênero das pessoas travestis e transgêneros privadas de liberdade não se restringe à questão da alocação, perpassando por outras problemáticas, como o desrespeito ao nome social; o corte compulsório de cabelo e a proibição de maquiagem, vestimentas e acessórios para mulheres transexuais e travestis; bem assim a proibição de vestimentas distintas para homens transgêneros detidos em prisões femininas¹⁴⁴.

No Brasil, a retificação do nome e do gênero dos travestis e transgêneros nos seus registros civis é assegurada pelo Provimento nº 73 do CNJ¹⁴⁵, enquanto a Resolução Conjunta nº 1 estabelece que os detentos têm o direito de serem chamados pelo seu nome social, de acordo com seu gênero¹⁴⁶. Segundo a Corte IDH, o nome é um atributo da personalidade do indivíduo e está abarcado pelo direito à vida privada e à intimidade, na medida em que é um dos instrumentos pelos quais um sujeito se projeta diante de si mesmo e dentro de uma sociedade¹⁴⁷, recaindo sobre os Estados a obrigação de proteger o direito ao nome e facilitar o registro das pessoas¹⁴⁸, em conformidade com os artigos 3, 7.1, 11.2 e 18 da CADH, todos em relação aos artigos 1.1, 2 e 24 do mesmo documento¹⁴⁹. Do mesmo modo, a manutenção do cabelo comprido e o acesso a itens como vestimentas, acessórios e maquiagem é essencial para

¹⁴³ Íntegra da resolução disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=670>>. Acesso em: 09 out. 2020.

¹⁴⁴ Associação para a Prevenção da Tortura. Por uma Proteção Efetiva das Pessoas LGBTQI Privadas de Liberdade: Um Guia de Monitoramento, 2018, p. 87.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2018/06/29/provimento-no-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil-2/>>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

¹⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). *Op. cit.*, art. 2º.

¹⁴⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva 24/17: Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a casais do mesmo sexo, §106.

¹⁴⁸ *Ibidem*, §107.

¹⁴⁹ *Ibidem*, §116.

que as pessoas transgêneros e travestis possam viver dentro do espectro de gênero com o qual se identificam¹⁵⁰.

Todavia, em que pese a importância de se assegurar tais direitos, não é difícil encontrar relatos de desrespeito ao nome social dos detentos por agentes de segurança¹⁵¹; de obrigatoriedade do corte de cabelo de travestis e mulheres transgêneros¹⁵²; e de proibição do uso de vestimentas e acessórios adequados à identidade de gênero desses presos¹⁵³.

Do exposto, é preciso destacar que essas práticas institucionais, além de representar um óbice ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana das pessoas travestis e transgêneros, violam diretamente a integridade moral e psíquica desses sujeitos, que são destituídos dos elementos que demarcam suas identidades. Esse panorama pode ser sintetizado pelo relato de uma detenta, a qual, após ter seu cabelo cortado compulsoriamente, afirmou que

[m]eu cabelo não foi cortado, ele foi mutilado. (...) Fomos forçadas a cortar o cabelo. Estamos lutando por isso com o diretor porque já veio uma conversa pra que a gente corte o cabelo de novo. Estamos tentando conversar com ele pra ver se ele deixa o nosso cabelo crescer porque querendo ou não a nossa aparência é feminina. Deixando o cabelo curto parece que eles querem nos obrigar a ser homem, mas nós não somos homens¹⁵⁴.

Não bastasse, as pessoas LGBTQ+ encontram-se entre um dos grupos mais suscetíveis a sofrer violências dentro de estabelecimentos prisionais¹⁵⁵, especialmente no caso de mulheres transexuais detidas em prisões masculinas¹⁵⁶. De acordo com o relator especial da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, existem registros de violências física e sexual dirigidas à população transexual privada de liberdade¹⁵⁷, em razão da sua identidade de gênero, muitas vezes perpetradas por agentes estatais¹⁵⁸, em situações que constituem atos de tortura e de tratamento cruel, segundo a própria ONU¹⁵⁹.

¹⁵⁰ Associação para a Prevenção da Tortura. Por uma Proteção Efetiva das Pessoas LGBTQI Privadas de Liberdade: Um Guia de Monitoramento, 2018, p. 87.

¹⁵¹ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBTQ nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 37, 60, 71, 118.

¹⁵² Ibidem, p. 45.

¹⁵³ Ibidem, p. 118.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 45.

¹⁵⁵ Associação para a Prevenção da Tortura. Por uma Proteção Efetiva das Pessoas LGBTQI Privadas de Liberdade: Um Guia de Monitoramento, 2018, p. 60.

¹⁵⁶ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América, 2015, §155.

¹⁵⁷ ONU. Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/56/156, 2001, §23.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ ONU. BORN FREE AND EQUAL: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, 2012, HR/PUB/12/06, p. 22-27.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

No Brasil, as violências infligidas a travestis e transexuais presos se reverberam de inúmeros modos, incluindo práticas discriminatórias¹⁶⁰, agressões físicas ou verbais¹⁶¹, ameaças¹⁶², revistas corporais inadequadas¹⁶³, prostituição forçada¹⁶⁴ e estupro,¹⁶⁵ que são praticadas tanto por outras pessoas privadas de liberdade como por agentes estatais de segurança.

Nesse ponto, deve ser mencionado que, ao longo de sua construção interpretativa acerca do art. 5.2 da CADH, a Corte IDH estabeleceu uma relação especial de responsabilidade entre o Estado e as pessoas privadas de liberdade, na qual aquele figura como garante da observância da integridade pessoal das pessoas sob sua custódia¹⁶⁶. Assim, incumbe ao Estado salvaguardar a saúde e o bem-estar das pessoas detidas, de modo que a privação de liberdade não exceda o nível de sofrimento que lhe é inerente¹⁶⁷, além de investigar e punir responsáveis por violações à integridade física ou psíquica desses sujeitos.

Ademais, a Corte IDH já entendeu que qualquer tratamento cruel sofrido por pessoas privadas de liberdade, incluindo ameaças e atos que causem angústia psíquica e moral, podem constituir uma violação ao art. 5 da CADH¹⁶⁸, e, caso ocasionem sofrimento físico, psíquico ou moral ou agudo, podem ser entendidos como atos de tortura¹⁶⁹, a exemplo do caso de violências sexuais praticadas por agentes estatais contra pessoas transexuais¹⁷⁰.

No que se refere ao dever de investigação, incumbe aos Estados apurar qualquer situação de potencial violação à integridade pessoal de pessoas privadas de liberdade, efetivando o julgamento e a condenação dos responsáveis¹⁷¹. O que se observa, contudo, é um quadro de impunidade em relação aos casos de violência cometidas contra a população LGBT+

¹⁶⁰ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 68, 73.

¹⁶¹ SANZOVO, Natália Macedo. Vulnerabilidade e violência: considerações sobre travestis e transexuais encarceradas em alas LGBT+ (Minas Gerais) e cárcere masculino (São Paulo). In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 274.

¹⁶² BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 71.

¹⁶³ Ibidem, p. 60, 75.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁶⁵ MORAES, Fabiana. Na mesma cela, 99 homens e 3 mulheres. Revista Justificando, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/12/19/na-mesma-cela-99-homens-e-3-mulheres/>. Acesso em 25 de setembro 2020.

¹⁶⁶ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Peru, 2000, §87.

¹⁶⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, 2013, §202.

¹⁶⁸ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1997, §58; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 2006, §279.

¹⁶⁹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, 2000, §100.

¹⁷⁰ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Azul Rojas Marin vs. Peru, §§160-165.

¹⁷¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, 2011, §88.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

no cárcere, notadamente quando praticadas por guardas ou demais agentes estatais, o que, inclusive, impede que outras vítimas denunciem tais fatos, por temor de uma maior vitimização e violência¹⁷².

Ilustrando esse panorama, uma detenta descreveu uma verdadeira sessão de tortura realizada por agentes penitenciários que desconfiaram que ela havia inserido drogas no ânus no Presídio Evaristo de Moraes, no Estado do Rio de Janeiro. Segundo seu relato, “[e]les enfiaram água por uma mangueira para dentro do meu ânus, me xingaram... não gosto nem de lembrar...”. Apesar do grau de extrema violência da ação, a presa afirmou que não registrou a ocorrência, por temer represálias¹⁷³.

O temor de denunciar práticas de violência pelas vítimas, atrelado a falta de vontade do poder público, gera uma notável escassez de dados acerca da violência perpetrada contra a população prisional formada por travestis e transgêneros. No caso do Brasil, a prova disto é que, mesmo após questionamento direcionado por esta equipe redatora à Coordenação do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (COSISDEPEN), não houve resposta quanto à existência de dados específicos sobre violências sofridas por LGBTs dentro das prisões¹⁷⁴.

Esse quadro de omissão estatal – que se estende aos âmbitos de prevenção, registro e investigação de violências praticadas contra travestis e transexuais privados de liberdade – representa não só uma violação das obrigações estabelecidas no artigo 5 da CADH, mas também do art. 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, no caso de atos violentos infligidos às mulheres transexuais.

Para sanar o problema da violência praticada por outros detentos, muitos estabelecimentos prisionais nos países latino-americanos optam por alojar travestis e transgêneros em alas específicas para a população LGBT+, separadas do restante dos internos. No Brasil, estima-se que 36 unidades prisionais, equivalente a 3% do total desses estabelecimentos no país, possuem alas destinadas ao público LGBT+, enquanto 100 presídios têm celas exclusivas para essa comunidade¹⁷⁵.

¹⁷² OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra personas lesbianas, gay, bissexuales, trans e intersex en América, 2015, §156.

¹⁷³ BRASIL. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro, 2016, p. 89-90.

¹⁷⁴ Documento da Coordenação do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (COSISDEPEN) enviado a esta equipe redatora.

¹⁷⁵ BARBIÉRI, Luiz Felipe; PALMA, Gabriel. Levantamento indica que 3% das cadeias do país têm alas exclusivas para LGBTs. Portal G1, 14 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/14/so-3percent-das-cadeias-brasileiras-tem-alas-exclusivas-para-lgbts-diz-infopen.ghtml>. Acesso em 23 de dezembro de 2020.

Ainda que a criação dessas alas/celas específicas venha representando um meio eficiente na proteção mais imediata da população LGBT+ contra agressões físicas, psíquicas e morais¹⁷⁶, existem informações de que essas segregações impõem limitações no acesso a serviços oferecidos pelos estabelecimentos prisionais para os grupos minoritários, como escola, capacitação, recreação e postos de trabalho¹⁷⁷. Além disso, o alojamento em alas/celas segregadas pode provocar episódios severos de depressão, caso não haja acompanhamento psicológico adequado¹⁷⁸.

A população travesti e transgênero também enfrenta maiores percalços no acesso a serviços de saúde em comparação às demais pessoas privadas de liberdade, tendo em vista a ausência de uma perspectiva de gênero que contemple as necessidades particulares daquele grupo¹⁷⁹, o que se reverbera, sobremaneira, na dificuldade dos detentos e detentas iniciarem ou continuarem os seus processos de transgenitalização¹⁸⁰.

Os Princípios de Yogyakarta, por sua vez, estabelecem a necessidade de os Estados proporcionarem cuidados médicos e aconselhamentos adequados às especificidades de identidade de gênero das pessoas em custódia, a partir da garantia de acesso a terapias hormonais e/ou outros tratamentos de retificação de gênero desejados pelo indivíduo preso¹⁸¹.

Entretanto, a partir de pesquisa realizada em 8 países da América Latina, constatou-se que nenhum deles promovia o pleno acesso ao tratamento hormonal, cirúrgico e/ou terapêutico às pessoas travestis e transgêneros privadas de liberdade¹⁸².

Especificamente quanto ao Brasil, a Resolução Conjunta nº 01/2014 garante a manutenção do tratamento hormonal e o acompanhamento médico específico a travesti, mulher ou homem transgêneros em privação de liberdade, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 19, 78.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 46.

¹⁷⁸ MORALES, Ari Vera et al. Mujeres Trans Privadas de Libertad: La Invisibilidad Tras Los Muros, 2020, p. 13.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 14.

¹⁸⁰ O processo de transgenitalização é o conjunto de procedimentos pelos quais uma pessoa transgênero busca adequar as suas características físicas e genitais ao modo que considera adequado para ela mesma, abrangendo o processo de hormonização, cirurgias de modificação corporal e genital, acompanhamento multiprofissional etc.

¹⁸¹ Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007, Princípio 9(b)(h).

¹⁸² FERREIRA, Guilherme Gomes. Políticas de tratamento penal para LGBTI+ no mundo. In: FERREIRA, Guilherme Gomes; KLEIN, Caio Cesar (Org.). *Sexualidade e gênero na prisão: LGBTI+ e suas passagens pela justiça criminal*. Salvador: Editora Devires, 2019, p. 29.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

- LGBT e pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP¹⁸³.

Tais programas garantem a realização do procedimento de transgenitalização de forma gratuita, a partir do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁸⁴, bem assim que, no caso das unidades prisionais, haja uma rede de comunicação com o SUS e observância às normativas do sistema de saúde¹⁸⁵.

De acordo com informações prestadas pela COSISDEPEN à esta equipe redatora, o cuidado médico com a população trans é estruturado por dois componentes, quais sejam, a Atenção Básica e a Atenção Especializada¹⁸⁶. No primeiro deles, há o contato inicial dos detentos com o sistema de saúde, propiciando a realização de avaliações médicas e o encaminhamento a áreas de acompanhamento mais específicas e individualizadas. Por sua vez, a Atenção Especializada engloba as modalidades ambulatorial – em que há o acompanhamento psicoterápico e a hormonioterapia – e hospitalar – onde há a realização de cirurgias e o acompanhamento pré e pós cirúrgico¹⁸⁷.

Na prática, entretanto, a presença dessa rede de atendimento direcionada ao processo de transição de gênero ainda não se encontra presente na maior parte dos estabelecimentos prisionais do país, como reconheceu a COSISDEPEN¹⁸⁸. São inúmeros os relatos de detentas travestis e transexuais acerca da falta ou descontinuidades no acesso a terapia hormonal¹⁸⁹, embora se trate de uma demanda pleiteada por elas¹⁹⁰.

Esse quadro faz com que muitas detentas optem por autoadministrar hormônios e outras substâncias sem qualquer atenção médica, a exemplo de presas que injetam óleo de cozinha vegetal¹⁹¹ ou utilizam hormônios levados pela família¹⁹², evidenciando uma grave omissão do

¹⁸³ BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução Conjunta nº 1, 15 de abril de 2014, art. 7º, parágrafo único.

¹⁸⁴ BRASIL. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT, art. 2. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf>.

¹⁸⁵ BRASIL. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf>.

¹⁸⁶ Documento da Coordenação do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (COSISDEPEN) enviado a esta equipe redatora.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. Op. cit., p. 31, 37, 47, 77.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 31.

¹⁹¹ MORALES, Ari Vera et al. Mujeres Trans Privadas de Libertad: La Invisibilidad Tras Los Muros, 2020, p. 15.

¹⁹² BRASIL. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro, 2016, p. 87.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

poder público, responsável por ocasionar danos físicos e mentais irreparáveis a travestis e transgêneros privados de liberdade, como representado no depoimento de uma detenta:

Eu não posso fazer muito a barba porque eu tenho foliculite, aí o hormônio ajuda a quebrar a barba. Eu tou presa a 16 anos direto, sem ir pra rua. [...] Quando eu me olho no espelho, eu não fico legal. Quando eu caí presa a 16 anos atrás eu tinha o cabelo na bunda, eu não tinha nenhum pelo no corpo, eu já tinha meus peitos grandes só de hormônio mesmo. Hoje não sobrou praticamente nada, somente pele mesmo porque aqui dentro não tem como fazer o tratamento. É complicado. A pessoa aqui entra em depressão por não se identificar com o corpo que se encontra¹⁹³.

É importante salientar que, conforme já entendeu a Corte IDH, a garantia à saúde humana encontra-se intrinsecamente vinculada aos direitos à vida privada e à integridade pessoal¹⁹⁴, de modo que a ausência de uma assistência médica adequada, mormente nos casos de pessoas sob custódia direta do Estado, também representa uma violação a tais direitos, especialmente ao se constatar que a auto-administração hormonal, sem o devido acompanhamento por uma equipe médica, pode provocar diversas complicações a médio e longo prazo, como infecções, gangrena, problemas na tireoide e deficiência renal¹⁹⁵.

Em conclusão, face ao relatado acima e as normas de direito internacional dos direitos humanos aplicáveis à proteção da população LGBT+ privada de liberdade, vislumbra-se a necessidade de criação de normas e protocolos, calcados nos standards a serem definidos por este tribunal, que orientem os Estados a:

i) no processo de ingresso ao estabelecimento prisional, assegurar que a decisão acerca do alojamento de pessoas LGBT+ seja efetuada após triagem realizada por equipes multidisciplinares, em procedimentos de caráter privado, garantindo que os detentos possam participar e recorrer da decisão tomada pelas autoridades estatais;

ii) promover a capacitação constante dos funcionários penitenciários e dos demais agentes do sistema de justiça sobre os temas de orientação sexual, identidade e expressão de gênero. Tais capacitações devem ser realizadas, preferencialmente, por pessoas ou organizações da sociedade civil com experiência nos temas;

iii) evitar a segregação da população LGBT+ nos estabelecimentos prisionais, salvo em casos de ameaça à segurança dessas pessoas, situação na qual tal segregação não poderá obstar

¹⁹³ BRASIL. Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento, 2020, p. 84.

¹⁹⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo e outros. vs. Ecuador, §117.

¹⁹⁵ MORALES, Ari Vera et al. Mujeres Trans Privadas de Libertad: La Invisibilidad Tras Los Muros, 2020, p. 11.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

o pleno acesso do detento aos serviços oferecidos pelas prisões, como educação, postos de trabalho, capacitações e atividades recreativas;

iv) adotar medidas concretas de prevenção à violência contra a população LGBT+ privada de liberdade, além de promover a devida investigação e punição dos perpetradores de atos violentos contra essas pessoas, sejam eles praticados por outros detentos ou por agentes estatais;

v) realizar diagnósticos oficiais acerca das violências sofridas pela população LGBT+ privada de liberdade, em colaboração com organizações da sociedade civil, especificando a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, a partir de procedimentos que garantam a privacidade e proteção da vítima;

vi) instituir normas e regulamentos que assegurem as visitas íntimas à população LGBT+, nas mesmas condições dos detentos heterossexuais e cisgêneros; e

vii) garantir que a população LGBT+ privada de liberdade tenha acesso adequado à saúde integral e apropriada a suas particularidades. No caso específico dos detentos travestis e transexuais, assegurar o pleno acesso ao procedimento de transgenitalização, proporcionando os tratamentos hormonais, o acompanhamento psicológico e as intervenções cirúrgicas, quando forem solicitadas pelo indivíduo.

VI. Grupos Originários

Este tópico tem o condão de examinar as obrigações dos Estados no que se refere aos direitos específicos de pessoas integrantes de grupos originários privados de liberdade. Esses grupos são caracterizados pela vulnerabilidade social decorrente da herança colonial e, posteriormente, do tratamento discriminatório adotado como política de Estado nos períodos republicanos das nações latino-americanas, consubstanciado em políticas de extermínio, assimilação forçada, e novas formas de discriminação que seguem em prática na contemporaneidade¹⁹⁶.

Tamanha vulnerabilidade corresponde a problemas vinculados à desapropriação territorial, subordinação política, debilitação cultural e discriminação em geral¹⁹⁷. Como será demonstrado mais à frente, essa vulnerabilidade torna-se ainda mais acentuada ao se tratar de membros de grupos originários submetidos ao cárcere ou à jurisdição estatal em geral. Contudo, antes de tais considerações, necessário se faz realizar determinadas distinções de ordem metodológica e política.

Doravante, esta equipe redatora utilizará preferencialmente a denominação “povos originários”, em substituição aos termos “índio” e “indígenas”. O objetivo dessa escolha metodológica funda-se na necessidade de abandonar a conotação histórica de colonização e negação da autodeterminação dos povos originários embutidas nos dois últimos termos¹⁹⁸, privilegiando-se, assim, a heterogeneidade do grupo a ser examinado, que possui formas de organização social e cultural completamente diversas¹⁹⁹.

Contudo, é mister sublinhar que, diferente do que acontece em outros países da América Latina - especificamente Argentina, Bolívia e Venezuela -, que rejeitam categoricamente a denominação “índio” ou “indígena”, no Brasil esses termos passaram por um processo de resignificação e costumam ser empregados sem a carga pejorativa de outrora. Isso se deve sobretudo à atuação do chamado movimento indígena, que, a partir dos anos de 1970, reforçou

¹⁹⁶ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina*. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina*. Instituto de Pesquisas Socioeconômicas: Brasília, 2009, p. 12-13.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ COLLET, C; PALADINO, M; RUSSO, K. *Quebrando preconceitos: subsídios para o ensino das culturas e histórias dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, Laced, 2014, p. 13-14.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 13.

a necessidade de manutenção das denominações genéricas como forma de promover o fortalecimento da identidade conjunta e a união na luta por direitos comuns²⁰⁰.

Além disso, à guisa de introdução, torna-se necessário ressaltar alguns aspectos distintivos acerca do encarceramento de indivíduos integrantes de povos originários, nomeadamente no que diz respeito à impossibilidade de serem produzidas recomendações generalizadas para todos os povos originários do continente.

Com efeito, não é possível se referir aos povos originários da América como uma massa uniforme e indistinta. Em verdade, o que se observa é uma série extremamente variada de comunidades étnicas complexas, dotadas de redes culturais próprias, inclusive no que diz respeito a instituições e sistemas jurídicos²⁰¹. Somado a isso, os povos originários são caracterizados por histórias, e modos de existência e concepção próprios de verdade e justiça, o que implica em princípios e fundamentos próprios para a resolução de conflitos, bem como a manifestação de procedimentos e processos específicos de cada povo²⁰².

Por conseguinte, a generalização dessas diferentes formas de organização social conduz ao apagamento histórico e cultural dos povos originários, assim como à sua invisibilização étnica. No âmbito penal, essa invisibilização tem repercussões irrestritamente gravosas, vez que a ausência de identificação étnica de um apenado ou detido pertencente a povos originários pelas instituições do sistema de justiça criminal acarreta na negação de direitos específicos garantidos a tais povos pelos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁰³.

A esse respeito, o antropólogo Cristhian Teófilo da Silva sustenta que o problema da criminalização e aprisionamento de integrantes de povos originários no Brasil tem sido descrito

²⁰⁰ Ibidem, p. 14.

²⁰¹ SOUZA, Estella Libardi de. *Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidades de diálogo*. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo, SP. Anais (online). São Paulo: CONPEDI, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁰² COLÔMBIA. Defensoría del Pueblo Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles- Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n- Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁰³ SILVA, Cristhian Teófilo da; MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. Indígenas têm suas identidades invisibilizadas nas prisões do Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/indigenas-tem-suas-identidades-invisibilizadas-nas-prisoas-do-brasil/>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

a partir do discurso da “aculturação do indígena”²⁰⁴, lugar comum que se presta ao exercício de uma violência simbólica contra os referidos povos, justamente por meio da invisibilização étnica, estatística e jurídica de pessoas pertencentes a povos originários que se encontram privadas de liberdade.

Essa descaracterização étnica se manifesta, por exemplo, na assimilação de indivíduos de povos originários ao sistema prisional como “aculturados” ou “integrados”, o que, no entendimento do referido pesquisador, tratam-se de “categorias obsoletas pautadas por elementos muito superficiais, como a posse de documentos de identidade, algum conhecimento do português, o uso de roupas e até mesmo a aparência física mestiça”²⁰⁵. Consequentemente, o resultado desse tratamento é a privação dessas pessoas à proteção diferenciada que lhes deveriam ser garantida em face à sua condição étnica²⁰⁶, o que configura patente violação ao artigo 1.1 da CADH.

Esse processo, de acordo com o referido autor, tem fundamento na discricionariedade dos agentes do sistema penal e operadores do direito em geral, para quem os indivíduos pertencentes a povos originários são “relativamente capazes”, o que lhes tornaria penalmente inimputáveis²⁰⁷. Logo, ocorre que,

[...] ao serem suspeitos de terem cometido crimes ou presos em flagrante, estes ‘índios’ são considerados ‘aculturados’ ou ‘integrados’ pelos mesmos de modo a serem tornados ‘imputáveis’, ‘culpados’ e, finalmente, ‘apenados’²⁰⁸.

Tamanho tratamento faz parte de um processo de criminalização de indígenas que “vem a reboque de práticas seculares de localização, fixação e assimilação dos indígenas com vistas

²⁰⁴ SILVA, Cristhian Teófilo da. *O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil*. Niterói: Antropolítica (UFF), v. 34, p. 137-158, 2013, p. 143.

²⁰⁵ SILVA, Cristhian Teófilo da; MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. Indígenas têm suas identidades invisibilizadas nas prisões do Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/indigenas-tem-suas-identidades-invisibilizadas-nas-prisoas-do-brasil/>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ No mesmo sentido: LACERDA, Rosane. Responsabilidade penal e situação carcerária dos indígenas no Brasil Uma realidade a ser desvelada. In: CIMI - Conselho Indigenista Missionário. *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Dados de 2010. Disponível em: https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2010-Cimi.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2020. A autora conclui que: “O discurso da inimputabilidade dos indígenas no Brasil tanto é juridicamente equivocado quanto social e politicamente perverso. Desconectado de qualquer base legal, tem servido à perpetuação de discursos racistas que vêem as práticas indígenas como fruto de uma ausência de capacidade mental. Sob este discurso esconde-se uma realidade crescente de processos criminais contra indígenas e a sua inclusão na população penitenciária, cujo sistema é reconhecidamente cruel e falido. É urgente que se dê visibilidade a esta realidade, não apenas para torná-la conhecida, mas principalmente para que seja radicalmente modificada.”

²⁰⁸ SILVA, Cristhian Teófilo da. *O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil*. Niterói: Antropolítica (UFF), v. 34, p. 137-158, 2013, p. 148.

a integrá-los por meio de ações e políticas de disciplinarização que os assimilem à ‘comunhão nacional’²⁰⁹.

Portanto, não é adequado adotar distinções entre povos originários com base em uma suposta “integração” à cultura hegemônica de um Estado nacional. É que, conforme aponta o antropólogo e professor titular do Museu Nacional/UFRJ João Pacheco de Oliveira, “as culturas não são coextensivas às sociedades nacionais nem aos grupos étnicos”, mas sim sistemas abertos, dinâmicos e não estruturais, nos quais se operam processos de circulação de significados²¹⁰, o que implica no fato de que o maior ou menor grau de “assimilação” de uma comunidade originária aos costumes e práticas hegemônicos em determinado Estado não lhe torna menos indígena, e não é dado que uma distinção desta natureza possa fundamentar a restrição dos direitos específicos outorgados pelos sistemas jurídicos nacionais e pelo DIDH aos povos originários.

Por tudo isso, esta equipe redatora se posicionará contrariamente às abordagens que pretendam operar uma suposta distinção entre “índios autênticos” e “índios aculturados” ou “integrados”, com fulcro a fundamentar distinções no tratamento jurídico aos indivíduos pertencentes a povos originários. Ser indígena remete a um status jurídico diferenciado, e não a uma “situação de pretensa homogeneidade interna e distintividade externa quanto à cor.”²¹¹

Por fim, com o fito de demarcar com mais exatidão os problemas com os quais nos deparamos ao tratar da situação de pessoas integrantes de povos originários em privação de liberdade, destaca-se a distinção elaborada pelo já citado prof. Cristhian Teófilo da Silva a respeito de dois tipos distintos de políticas de não reconhecimento: 1) o não reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, no que se pode designar como “invisibilidade jurídica”; e 2) o não reconhecimento do direito indígena de ser coletivo, o que corresponde à “invisibilidade étnica”²¹². De acordo com o autor:

Aos indígenas criminalizados recaem ambas as formas de desconsideração, que podem ser definidas como graves violações de direitos humanos, pois as duas

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de. *Uma etnologia dos “índios misturados”?* Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. Rio de Janeiro: Mana, v. 4, n. 1, p. 47-77, abril de 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131998000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 04 de outubro de 2020.

²¹¹ OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 134.

²¹² SILVA, Cristhian Teófilo da. *O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil*. Niterói: Antropolítica (UFF), v. 34, p. 137-158, 2013, p. 151.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

consistem em formas de discriminação pela negação do direito indígena à diferença sociocultural ao mesmo tempo que uma negação do direito de acesso à justiça²¹³.

Desse modo, esta equipe redatora levará em consideração não apenas a dificuldade dos povos originários em fazer valer os direitos que lhes são outorgados pelos ordenamentos jurídicos nacionais e pelo SIDH, mas também a invisibilização da diferença sociocultural de tais povos, que figura como um dos principais obstáculos à garantia dos direitos referidos anteriormente, vez que a descaracterização étnica implica diretamente na falta de reconhecimento desses direitos, como será demonstrado mais adiante.

Feitas essas ressalvas, dar-se-á continuidade à análise mais detida dos direitos específicos que devem ser garantidos aos membros de povos originários - sempre partindo da premissa de que o tratamento jurídico deve diferir de acordo com as especificidades de cada comunidade, nos termos apresentados anteriormente - bem como das questões levantadas pela Comissão.

Preliminarmente, deve-se reforçar a declaração da Corte Interamericana em Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai, estatuinto que para garantir efetivamente os direitos positivados pelos artigos 24 (Igualdade Perante a Lei) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve-se levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos originários da população em geral, de forma que sua aplicação adeque-se às suas respectivas identidades culturais. Mais do que isso, do mesmo modo deve se orientar a Corte a fim de valorar corretamente o alcance e o conteúdo consubstanciado nos artigos da Convenção²¹⁴.

Posto isto, no que tange aos mandamentos das Regras de Mandela²¹⁵, a subseção 1 da regra 2 determina a não discriminação entre os indivíduos privados de liberdade e o respeito às diferenças no tocante à raça, cor, sexo, língua, religião, liberdade de expressão, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição. Para isso, a subseção 2 estabelece que, com o fito de garantir que essa igualdade seja posta em prática, é necessário adotar medidas no sentido de proteger e promover os direitos dos reclusos em situação de vulnerabilidade, tendo em conta as necessidades individuais de cada um.

²¹³ Idem.

²¹⁴ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai, 2005. §51.

²¹⁵ Documento criado pelas Nações Unidas em 1955, e revisado em 2005, as quais carregam o nome do grande líder sul-africano e defensor dos direitos humanos Nelson Mandela, voltado a criar diretrizes a serem observadas pelo Estado a fim de garantir tratamento digno às pessoas em situação de privação de liberdade e à boa gestão de estabelecimentos prisionais.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

No caso Rosendo Cantú e outros v. México²¹⁶, a Corte Interamericana afirmou que, a fim de respeitar o dever de não discriminação estabelecido no art. 1.1 da Convenção Americana e garantir o acesso à justiça dos membros de comunidades indígenas, é imperativo que os Estados outorguem uma proteção efetiva, na qual se leve em consideração as particularidades próprias de cada indivíduo, suas características econômicas e sociais, bem como sua situação especial de vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, seus valores, usos e costumes. Para além disso, a Corte também estabeleceu que os Estados devem se abster de realizar ações que criem, de forma direta ou indireta, situações de discriminação *de jure* ou *de facto*.

Nesse esteio, segundo o art. 9 da Convenção 169 da OIT²¹⁷, é necessário primeiramente considerar os métodos aos quais estes povos tradicionalmente recorrem para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, em harmonia com o sistema jurídico nacional e com seus direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Em relação ao art. 10º da mesma convenção, quaisquer sanções impostas pela legislação devem levar sempre em conta as características econômicas, sociais e culturais dessa população; ademais, sempre que possível, deve-se dar prioridade às formas alternativas ao encarceramento.

No entanto, a fim de conferir efetividade a essas normativas, também se destaca a obrigação dos Estados de adequar seu ordenamento jurídico interno de modo a cumprir satisfatoriamente o dever de não discriminação e respeito aos direitos humanos dos povos originários. No caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros Vs. Panamá²¹⁸, a Corte estatuiu que, sob o artigo 2 da Convenção Americana, se extrai o dever dos Estados de adaptar sua legislação interna – ou seja, adequar os procedimentos constitucionais, legais, administrativos e de qualquer outro caráter às disposições da Convenção.

Somado a isso, a Corte IDH já considerou, ao sentenciar o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, que o direito à identidade cultural é direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades originárias, devendo ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática²¹⁹. Corolário a isso, é obrigação dos Estados garantir que esses povos sejam devidamente consultados sobre assuntos que incidam ou possam incidir, direta ou

²¹⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú e otros vs. México, 2010, §§183-184.

²¹⁷ Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

²¹⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá, 2014. §192.

²¹⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012.

reflexamente, em sua vida cultura e social, de acordo com seus valores, costumes, e formas de organização²²⁰. No mesmo sentido, a Convenção OIT nº 169 reconhece as aspirações desses povos de assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida, bem como de manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões no âmbito dos Estados nos quais vivem.

Assim, o reconhecimento do direito à identidade cultural das comunidades originárias é necessária via de interpretação no que se refere à garantia dos direitos humanos dessas comunidades²²¹. Ademais, é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em consideração as particularidades próprias dessas comunidades, sobretudo sua situação específica de vulnerabilidade e seu direito consuetudinário.²²² É dizer: os Estados devem amparar esses povos com a outorga de garantias que levem em consideração suas idiossincrasias econômicas, sociais, culturais, e, especialmente, seus ordenamentos jurídicos e institucionais, que devem preservar certo grau de autonomia em relação ao direito estatal²²³.

Tamanha atenção diferenciada deve também ser aplicada nos casos de pessoas encarceradas que sejam membros de grupos originários. Esse foi o entendimento da Corte IDH ao julgar o caso *Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*²²⁴, concluindo que:

Os Estados, para garantir de forma efetiva os direitos consagrados no artigo 7º da Convenção, em associação ao artigo 1.1 desta, ao interpretar e aplicar sua normativa interna devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros de populações indígenas da população em geral, e que conformam sua identidade cultural. A duração prolongada da prisão preventiva pode afetar de maneira diferenciada aos membros de populações indígenas por suas características econômicas, sociais e culturais que, no caso de dirigentes da comunidade, pode também ter consequências negativas nos valores, práticas e costumes da comunidade ou comunidades em que exerce liderança.

É que o encarceramento, que já configura grave penalidade, com repercussões para a saúde física e psicológica dos detidos ou apenados, bem como para a recepção dessas pessoas pela sociedade, tem repercussões ainda mais prejudiciais para integrantes de povos originários e para os grupos dos quais fazem parte.

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

²²² OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005.

²²³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, §83. No mesmo sentido: OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, 2007, §178; OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, §96.

²²⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile, 2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Nesse diapasão, a Corte Constitucional Colombiana, por exemplo, tratou de reconhecer, na Sentença T-388/13, que discute o estado de coisas inconstitucional do cárcere no país especificamente no que diz respeito a grupos minoritários, que o simples fato de integrar um grupo originário amplifica os efeitos da pena privativa de liberdade sobre um indivíduo²²⁵. De acordo com a Corte, que baseou tais observações em um informe apresentado pela Defensoria Pública do país, a situação corresponderia, para um colombiano médio, a ser privado de liberdade “em outro país, longe de sua família e de seus costumes, e em uma instituição em que se fala um idioma que não conhece, ou que se conhece apenas parcialmente”, o que torna a prisão, para integrantes de grupos originários, mais severa e restritiva de direitos fundamentais do que para o resto da população em geral²²⁶.

Constata-se, portanto, que os membros de povos originários que se encontram em privação de liberdade enfrentam um processo de descaracterização étnica, que corresponde à invisibilização da identidade indígena dos apenados pelos gestores do sistema prisional e até mesmo pelo judiciário²²⁷. Esse processo resulta na negação a esses indivíduos do direito que teriam ao tratamento jurídico diferenciado em razão de sua etnia, a exemplo do direito a intérprete/tradutor para atos processuais em que precisem tomar parte, à liberdade de expressão religiosa, ao consumo de alimentos tradicionais, entre outros²²⁸.

A esse respeito, a Defensoria Pública da Colômbia (*Defensoria del Pueblo de Colombia*) notou, em informe acerca de integrantes de povos originários privados de liberdade em estabelecimentos do Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia, uma preocupante ausência de informações sobre a presença desses indivíduos no sistema penitenciário²²⁹. Isso se deve, segundo o informe, à falta de um censo diferenciado que consiga

²²⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-388/13. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

²²⁶ Idem.

²²⁷ Associação Brasileira de Antropologia. Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil (Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº19/2006) Relatório Final. Brasília, 2008. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Criminalizacao_2007.pdf. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

²²⁸ SILVA, Cristhian Teófilo da; MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. Indígenas têm suas identidades invisibilizadas nas prisões do Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 10 de junho de 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/indigenas-tem-suas-identidades-invisibilizadas-nas-prisoas-do-brasil/>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²²⁹ COLÔMBIA. Defensoría del Pueblo de Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles- Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n- Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>> Acesso em 27 de setembro de 2020.

estabelecer o número real de integrantes de grupos originários em situação de privação de liberdade, bem como tenha em êxito em classificar adequadamente suas respectivas etnias, o que seria necessário para desenvolver diretrizes satisfatórias acerca do tratamento diferencial a ser destinado a esses indivíduos pelos agentes penitenciários e pelo judiciário.

Entre as graves decorrências dessa falta de informações estão a dificuldade em identificar e reunir indivíduos do mesmo grupo étnico em apenas um estabelecimento, bem como a de providenciar instalações adequadas para que seja garantido a esses indivíduos o efetivo exercício de suas práticas culturais, religiosas e medicinais²³⁰. Isso implica, evidentemente, na necessidade de deslocamento e outras dificuldades que obstaculizam o exercício de direitos fundamentais desses povos e amplificam de forma intolerável as repercussões da pena privativa de liberdade.

Por sua vez, as barreiras linguísticas, que também sofrem invisibilização devido à falta de informações adequadas sobre os integrantes de povos originários em privação de liberdade, bem como pela descaracterização étnica pela qual esses indivíduos são submetidos, também representam grave obstáculo ao gozo pleno e efetivo de direitos fundamentais outorgados a esses grupos. É que, para além da falta de intérpretes e tradutores para atos processuais e disciplinares, a falta de proficiência no idioma falado pelas camadas hegemônicas da população muitas vezes implica no desconhecimento dos direitos garantidos a esses indivíduos, e dificulta ou impossibilita que sua efetividade seja exigida²³¹. É emblemático, nesse sentido, como nota a Defensoria Pública colombiana no multicitado informe, que as autoridades penitenciárias daquele país costumem classificar os membros de povos originários sob sua custódia como pessoas muito “circunspectas”, que não apresentam nenhum tipo de queixa²³².

Adicionalmente, uma das mais importantes características que deve ser observada é a forte tradição comunitária que os povos originários possuem com a terra; a Corte IDH costumeiramente reforça que os padrões culturais provenientes dessa relação constituem parte da identidade desses povos²³³. A relação desses povos com a terra é intrínseca às tradições e expressões orais, costumes e línguas, artes e rituais, conhecimentos e usos relacionados com a natureza, artes culinárias, vestimentas, filosofia, e ao direito consuetudinário e valores²³⁴.

²³⁰ Idem.

²³¹ Idem.

²³² Idem.

²³³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, 2020, §175

²³⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sarayaku vs. Ecuador, 2012, §212.

Assim, a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir dessa ligação com suas terras tradicionais e recursos naturais, compondo um elemento integrante de sua cosmovisão, percepção e imaginário coletivos, religiosidade, e, portanto, da sua identidade cultural²³⁵.

Entende-se então que a vivência e relação com a terra está profundamente ligada à própria razão de existência dos povos originários. Essa característica deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, vidas espirituais e da sua integridade²³⁶, e, em razão disso, deve ser especialmente considerada quando lidamos com as condições de manutenção prisional de membros dessas comunidades.

Ademais, uma segunda característica que também deve ser considerada ao se abordar questões atinentes à condição dos membros de comunidades tradicionais em situação de cárcere é o significado especial que a convivência familiar possui no contexto da família indígena.

Esse conceito não se limita ao núcleo familiar, mas também abarca as distintas gerações que a compõem e, inclusive, a comunidade da qual esses povos fazem parte²³⁷ (frisando, sempre, que esse tipo de ligação pode variar de acordo com a etnia em questão). Desse modo, quando um indivíduo é desenraizado da sua comunidade e do seu território, não só ele, mas todos os membros da sua família serão afetados de forma particularmente grave e prolongada no tocante especialmente aos seus direitos à vida familiar e integridade psíquica²³⁸.

Frisa-se o entendimento da Corte no caso *Norín Catrimán e outros Vs. Chile*²³⁹, no qual ressalta que uma das dificuldades na manutenção das relações entre as pessoas privadas de liberdade e seus familiares é a reclusão em centros penitenciários extremamente distantes de seus domicílios ou de difícil acesso pelas condições geográficas e meios de comunicação. A Corte compreende, nessa situação, que, quando se mostra muito custoso e complicado para os familiares dos presos de comunidades tradicionais realizarem visitas periódicas, é possível resultar eventualmente em uma violação estatal ao direito de proteção à família, e até mesmo à integridade pessoal, dependendo das particularidades de cada caso. *Para isso, os Estados*

²³⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2020, §§174-175.

²³⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas miembros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, 2020, §93; OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, §149.

²³⁷ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala, 2010, §159.

²³⁸ *Ibidem*, §162.

²³⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, miembros e activista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile, 2015, §408.

devem facilitar sempre o traslado dos reclusos a centros penitenciários mais próximos da localidade onde residem os familiares, especialmente no caso de pessoas indígenas, tendo em vista a importância do vínculo familiar que essas pessoas têm com seu lugar de origem ou suas comunidades.

À luz do exposto, pontua-se que é dever do Estado manter condições adequadas à proteção efetiva dos direitos humanos dos presos, inclusive em atenção às suas particularidades culturais e sociais, que têm repercussão direta e incontestável sobre a dignidade do sujeito detido ou apenado. Sobre esse tema, a Corte IDH já decidiu, ao julgar o caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguai²⁴⁰, que uma das obrigações do Estado perante as pessoas privadas de liberdade é a de oferecer a esses indivíduos, enquanto permanecerem sob custódia de estabelecimentos penais, condições mínimas compatíveis com a sua dignidade, de modo que a forma de execução da pena não lhes submeta à angústia ou a dificuldades que excedam o sofrimento inevitavelmente associado à privação de liberdade.

Nesse sentido, se, por um lado, à luz do artigo 5.2 da CADH, o Estado deve garantir à toda pessoa privada de liberdade condições materiais da detenção compatíveis com sua dignidade pessoal, direito à vida e integridade pessoal²⁴¹, por outro, no caso dos povos tradicionais, deve também ser considerado, para atendimento integral e isonômico da Convenção, a identidade cultural desses grupos, incluídas, nesse sentido, sua organização social, normas e valores.

Assim, tendo em vista os direitos específicos outorgados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos às pessoas integrantes de grupos originários, bem como a especial vulnerabilidade desses povos, sobretudo em face à privação de liberdade, é possível passar ao exame das questões levantadas pela Comissão.

De início, a Comissão levanta o questionamento acerca das obrigações específicas que os Estados devem adotar para assegurar que as pessoas privadas de liberdade que integrem grupos originários preservem sua identidade cultural, especialmente no que diz respeito a seus costumes, rituais e alimentação.

Como tem sido ressaltado ao longo destas Observações, a identidade cultural dos povos originários é de extrema importância para a garantia de seus Direitos Humanos, justamente porque fundamenta a outorga de direitos específicos que, à luz dos artigos 1.1 e 24 da

²⁴⁰ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguai, 2004, §159.

²⁴¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo, 1995, §60.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contribuam para a preservação das formas de organização social e cultural das comunidades em questão.

A esse respeito, deve-se atentar para o fato de que o tratamento diferenciado decorrente da identidade cultural distinta é decorrência do Artigo 24 da CADH, que, de acordo com sua interpretação contemporânea, diz respeito à igualdade material, “correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)”²⁴².

Como já foi trazido à baila, é incontroverso para o SIDH que, em casos envolvendo grupos originários, a aplicação da CADH e da legislação interna de cada Estado deve ser realizada levando-se em consideração as particularidades do grupo em questão.

Por sua vez, no multicitado caso *Norín Catrimán e outros Vs. Chile*²⁴³, a Corte IDH considerou ser a origem étnica um critério que, por estar compreendido dentro da expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da CADH, não admite discriminação, sendo o termo etnia compreendido como “a comunidade de pessoas que compartilham, entre outras, características de natureza sociocultural, a exemplo de afinidades culturais, linguísticas, espirituais e origens históricas e tradicionais”²⁴⁴, o que, evidentemente, abarca os povos originários, como foi ressaltado pela Corte naquela ocasião.

Especificamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, a Convenção nº 169 da OIT determina, em seu artigo 10, que “quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, dever-se-á atentar às suas características econômicas, sociais e culturais”. Com efeito, tamanhas características devem ser consideradas inclusive durante a execução das referidas sanções.

Nesse sentido, a Corte de Apelações da Guatemala²⁴⁵ já decidiu, em caso fundamentado pela referida convenção 169 da OIT, que a imposição a mulheres indígenas em privação de liberdade da obrigação de utilizar uniformes da instituição penitenciária, com a consequente proibição de suas vestimentas típicas, viola a obrigação de respeitar os costumes e a cultura dos povos indígenas, afrontando o direito à identidade cultural.

²⁴² PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos. Scielo, Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, p. 47. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

²⁴³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*, 2015, §202.

²⁴⁴ *Ibidem*, §204.

²⁴⁵ GUATEMALA. Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo nº. 46-2003 Of. 1., sentença de 30 de outubro de 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Firmados esses pressupostos básicos acerca da preservação da identidade cultural de integrantes de povos originários em privação de liberdade, pontua-se que: tratando-se, como foi mencionado em tópicos anteriores, de comunidades tão numerosas e tão diversas, não é possível produzir recomendações genéricas sem deixar de analisar uma multiplicidade de características culturais próprias e idiossincráticas de determinadas etnias, ou quiçá sem criar uma zona cinzenta que possibilite a invisibilização de uma prática cultural ou de uma comunidade étnica específica.

Assim, recomenda-se que os Estados promovam o mapeamento e registro das práticas culturais adotadas pelas diferentes etnias compreendidas em seus respectivos povos originários, possibilitando a implementação de estruturas físicas e pessoais capazes de atender à obrigação de assegurar a preservação da identidade cultural de indivíduos pertencentes a povos originários em pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, também é importante garantir a instrução dos agentes penitenciários e servidores do sistema de justiça criminal em geral quanto às práticas culturais específicas das comunidades étnicas às quais eventualmente pertencerem sujeitos sob sua tutela e/ou jurisdição, bem como acerca das garantias específicas impostas ao Estado para com essas pessoas. O já referido Informe da Defensoria Pública colombiana demonstra que são escassas, em termos de normativas do sistema penitenciário daquele país, diretrizes que promovam a efetividade das normas que regulam e protegem o direito das comunidades originárias de conservar seus costumes e tradições²⁴⁶. O documento em questão descreve que, muitas vezes, essa deficiência leva os funcionários do sistema carcerário a “improvisar” medidas que, de acordo com seu próprio arbítrio, lhes parecem benéficas aos apenados de etnias originárias²⁴⁷, o que, por conseguinte, nem sempre é o caso.

É justamente nesse esteio que a CorteIDH, ao julgar o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, decidiu, por notar que “as violações dos direitos à consulta prévia e à identidade cultural do Povo Sarayaku ocorreram por ações e omissões de diversos funcionários e instituições que não os garantiram”²⁴⁸. que:

²⁴⁶ COLÔMBIA. Defensoría del Pueblo de Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n-Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, §302.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

O Estado deve implementar, num prazo razoável e com a respectiva disposição orçamentária, programas, ou cursos, obrigatórios que contemplem módulos sobre as normas nacionais e internacionais em direitos humanos dos povos e comunidades indígenas, dirigidos a funcionários militares, policiais e judiciais, bem como a outros cujas funções impliquem relacionamento com povos indígenas, como parte da formação geral e contínua dos funcionários nas respectivas instituições, em todos os níveis hierárquicos²⁴⁹.

Portanto, é medida adequada, no sentido de garantir os direitos em tela, a implementação de cursos educativos em sede nacional dirigidos ao aparato funcional do Estado (militar, policial, judicial), a partir de parâmetros nacionais e internacionais de proteção aos DH de povos e comunidades indígena, respeitadas a identidade cultural.

Nesta senda, não é despiciendo notar que as instituições carcerárias e penitenciárias que receberem indivíduos oriundos de comunidades originárias devem implementar a infraestrutura necessária para a preservação dos caracteres culturais específicos desses indivíduos, inclusive no que diz respeito à prática de rituais e demais liturgias de seus respectivos credos, em observação ao artigo 12 da CADH. Ressalte-se mais uma vez que a pena não pode ter repercussão sobre os direitos não atingidos pela privação da liberdade, assim como não pode ultrapassar a figura do condenado, de modo que, i) o Estado deve garantir infraestrutura adequada para o livre exercício da crença dos apenados que integrem povos originários; e ii) na hipótese de ser o apenado liderança religiosa indispensável para a realização de determinada prática litúrgica de determinada comunidade étnica, ou de ser a sua presença estritamente necessária para a prática em questão, o Estado deve garantir esta possibilidade, sem que isto implique, evidentemente, na exigência de deslocamento irrazoável por parte dos membros da comunidade em questão ou do próprio apenado.

No que diz respeito às práticas culturais em geral, os estabelecimentos que receberem integrantes de povos originários devem estar preparados para permitir livremente o desenvolvimento de tais práticas, a exemplo da agricultura. Importa salientar que, em muitos casos, as práticas culturais de comunidades originárias estão estritamente vinculadas à relação de seus integrantes com a terra, com sua respectiva comunidade, e com a espiritualidade, de modo que a restrição de seu desenvolvimento pode acarretar em diversas repercussões de natureza psíquica e social, assim como implica na violação de sua dignidade, o que, na jurisprudência da CorteIDH, figura como afronta ao Direito à Vida Digna erigido pelo artigo 4 da CADH.

²⁴⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012, §302.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Nesse aspecto, é relevante ressaltar que a preservação da identidade cultural de povos originários perpassa a garantia de que esses povos possam conservar suas formas próprias de alimentação, tanto no que diz respeito aos produtos consumidos quanto à sua forma de preparação. É o que já foi decidido pela Corte IDH, por exemplo, na análise do Caso Comunidade Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, em que foi demarcada a importância do conceito de adequação, segundo o qual os alimentos devem ser aceitáveis para uma cultura ou para determinado grupo de consumidores. Isto implica na relevância, para a garantia do direito de alimentação dos referidos indivíduos, de valores intrínsecos para além daqueles vinculados aos aspectos nutricionais das refeições servidas²⁵⁰.

Por tudo o que foi exposto, é necessário que a proteção da identidade cultural e étnica dos povos originários seja interpretada à luz dos artigos 12 e 13 da CADH. É dizer, a garantia da identidade cultural e étnica de membros de povos originários em privação de liberdade deve levar em conta a garantia genuína e efetiva de sua liberdade de expressão, que se confunde inexoravelmente com a difusão e preservação de traços culturais, e da liberdade de consciência e de religião. É neste sentido que a Corte IDH se posicionou ao julgar o multicitado Caso Norín Catrimán e Outros Vs. Chile.²⁵¹

A proteção desses direitos, portanto, perpassa incontornavelmente a garantia da identidade linguística desses povos, vez que é por meio do idioma que se pode garantir a preservação e integridade da identidade cultural, bem como a transmissão e profissão de concepções religiosas. Essa importante particularidade ficou positivada pela Declaração Sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, cujo artigo 2º determina que

As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas [...] terão direito a desfrutar de sua própria cultura, a professar e praticar sua própria religião, e a utilizar seu próprio idioma, em privado e em público, sem ingerência nem discriminação alguma.

Analogamente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, desde 1966, determina, em seu artigo 27 que:

²⁵⁰ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, 2001, §220.

²⁵¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile, 2014, §§371-372.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Essa relevante questão, no que diz respeito aos integrantes de minorias étnicas em privação de liberdade, foi levada perante a Corte IDH durante o julgamento do caso *López Álvarez Vs. Honduras*²⁵², em que a direção do presídio em que o Sr. López Álvarez se encontrava recluso proibiu os detentos de origem garífuna - entre eles, o Sr. Álvarez - de se expressarem em seu idioma materno. Naquela oportunidade, a Corte decidiu, tendo em conta que “um dos pilares da liberdade de expressão é precisamente o direito a falar e que este implica necessariamente no direito das pessoas a utilizarem o idioma de sua eleição” (§164), bem como que “a língua é um dos importantes elementos da identidade de um povo, precisamente porque garante a expressão, transmissão e difusão de sua cultura” (§171), que integrantes de povos originários possuem o direito de se expressar livremente em seus respectivos idiomas maternos²⁵³.

Assim, ficam demarcadas as diretrizes que devem seguir os Estados para garantir a preservação da identidade étnica e cultural dos apenados e detidos integrantes de povos originários, nomeadamente no que diz respeito ao oferecimento de instalações que ocasionam privação à realização de práticas religiosas e culturais desses indivíduos, de refeições que cumpram os critérios de adequação cultural à alimentação dos integrantes de povos originários, bem como a garantia de sua liberdade de expressão, inclusive no que diz respeito à livre utilização de seus respectivos idiomas maternos.

De mais a mais, questiona-se acerca dos deveres dos Estados em relação à atenção médica dispensada às pessoas pertencentes a povos originários submetidas à privação de liberdade, especialmente no tocante ao respeito de suas práticas medicinais e medicinas tradicionais.

De acordo com o multicitado informe da Defensoria do Povo da Colômbia, para muitos povos originários, as noções de saúde e enfermidade estão relacionadas com o equilíbrio ou desequilíbrio entre o mundo material e espiritual, de modo que se constitui uma concepção

²⁵² OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs. Honduras, 2006.

²⁵³ PAIVA, Caio Cezar. Jurisprudência internacional de direitos humanos. 2ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2017, pp. 310-311.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

abrangente de saúde e doença²⁵⁴. A partir deste prisma, é possível compreender a multiplicidade de práticas medicinais tradicionais difundidas entre cada uma dessas comunidades, onde se identifica, inclusive, a divisão especializada desses saberes, havendo indivíduos especializados em diagnóstico e cura, preparação de plantas medicinais, na relação e renovação das terras para cultivo, acupuntura e até mesmo em especialidades voltadas exclusivamente para a saúde das mulheres²⁵⁵.

A esse respeito, note-se que as práticas de medicinais tradicionais são reconhecidas pela OMS, que lhes conceitua como “práticas, enfoques, conhecimentos e crenças sanitárias diversas que incorporam medicinais baseadas em plantas, animais e/ou minerais, terapias espirituais, técnicas manuais e exercícios aplicados de forma individual ou em combinação para manter o bem estar, além de tratar, diagnosticar e prevenir as enfermidades”²⁵⁶, salientando ainda sua importância histórica e cultural no contexto do continente americano²⁵⁷.

A partir dessas considerações, é possível identificar que a garantia das práticas de medicina tradicional adequadas para os indivíduos submetidos à privação de liberdade que pertençam a grupos originários está fundamentada nos Artigos 4 e 5 da CADH, devido à sua evidente repercussão na integridade física e psíquica desses indivíduos, bem como ao direito à vida digna²⁵⁸, e também no Artigo 12, por relacionar-se intrinsecamente às crenças e práticas religiosas das comunidades em questão, bem como seus respectivos modos de vida e cosmovisões²⁵⁹.

A necessidade dessa garantia ficou evidenciada, no âmbito da Corte IDH, por meio do julgamento do Caso Comunidade Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguai, em que o Tribunal

²⁵⁴ COMLÔMBIA. Defensoría del Pueblo de Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014, p. 4. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles- Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n- Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Estratégia da OMS sobre medicina tradicional*. Genebra. 2002-2005, p. 17.

²⁵⁷ Ibidem, p. 11.

²⁵⁸ É também o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de acordo com o qual “a obrigação de tratar as pessoas com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano compreende, entre outras coisas, a prestação de cuidados médicos adequados”. Ver: Comitê de Derechos Humanos, Caso “Kelly (Paul) c. Jamaica”, §5.7, 1991, em: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 211.

²⁵⁹ Entre outros dispositivos que circunscrevem a garantia das práticas de medicinais tradicionais adotadas por povos originários é possível citar o Artigo XVIII da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o Artigo 25 da Convenção 169 da OIT.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

afirmou a imprescindibilidade de ações positivas do Estado para garantir a acessibilidade de estabelecimentos de saúde para os membros da referida comunidade, salientando ser impositivo o desenvolvimento de medidas educativas em matéria de saúde que sejam respeitadas e adequadas às práticas e costumes tradicionais dos povos originários²⁶⁰.

Como é o caso em relação à garantia de grande parte dos direitos específicos dotados aos integrantes de povos originários, o direito às práticas de medicina tradicional esbarra muitas vezes em obstáculos físicos e geográficos, como a distância e o difícil acesso a centros penitenciários onde estão detidos ou apenados indivíduos pertencentes às referidas comunidades. A Corte Constitucional Colombiana já se deparou com esta questão, tendo a jurisprudência constitucional do país se firmado no sentido de reconhecer direitos especiais e diferenciados para algumas populações em termos de saúde, como sujeitos de proteção constitucional especial. Nesse esteio, a Colômbia conta com precedentes importantes no sentido de proteger a liberdade dos povos originários em decidir de forma autônoma o serviço de saúde que desejam receber, podendo escolher um tratamento alternativo, típico de sua comunidade, suas tradições e conhecimentos ancestrais²⁶¹.

Mais especificamente em relação à questão de acesso físico aos referidos métodos de tratamento, a Corte Colombiana também já fundamentou no direito específico de receber tratamentos alternativos adequados à integridade cultural do apenado a transferência de um indivíduo privado de liberdade integrante de grupos originários para outro centro penitenciário, onde poderia ter acesso aos serviços médicos adequados²⁶².

Como exemplo de diretrizes básicas para a atenção da saúde e atendimento médico específico de povos originários é possível citar a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas²⁶³. Entre as principais diretrizes estabelecidas pelo documento em questão estão a organização dos serviços de atenção à saúde dos povos indígenas na forma de Distritos Sanitários Especiais e Polos-Base, no nível local, onde a atenção primária e os serviços de referência se situam, a preparação de recursos humanos para atuação em contexto

²⁶⁰ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguai, 2010, §208.

²⁶¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-388/13, p. 200. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

²⁶² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença T-214, 1997.

²⁶³ BRASIL. Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_saude_indigena.pdf. Acesso em 24 de outubro de 2020.

intercultural²⁶⁴, o monitoramento de ações de saúde dirigidas aos povos indígenas, a articulação dos sistemas tradicionais indígenas de saúde.

Em que pese as diretrizes em questão não estejam voltadas especificamente ao atendimento de indivíduos submetidos à privação de liberdade, é possível afirmar que a integração das práticas de medicinas tradicionais aos sistemas públicos de saúde e os esforços empreendidos no sentido de garantir a atenção à saúde dos povos indígenas a nível local podem ser adotadas também no âmbito dos centros penitenciários e carcerários em geral, assim como o importante reconhecimento da diversidade social e cultural dos povos originários, e a consequente consideração e respeito por seus sistemas tradicionais de saúde.

De forma mais concreta, portanto, é possível recomendar o estabelecimento de procedimentos de medicina tradicional e sua integração a centros penitenciários especializados e preparados para receber indivíduos pertencentes a povos tradicionais. Com efeito, essa medida exigiria a inclusão do tema na legislação penitenciária, bem como a atuação conjunta com autoridades tradicionais e especialistas de saúde das respectivas comunidades, além da capacitação adequada dos agentes públicos envolvidos na administração penitenciária e na jurisdição especializada em execução penal.

Questiona-se ainda acerca das medidas especiais que os Estados teriam que adotar em relação às atividades ou programas de desenvolvimento no âmbito carcerário, assim como audiências disciplinares, atendendo às particularidades culturais e linguísticas dos indivíduos pertencentes a povos originários.

Trata-se, sobretudo no que diz respeito às atividades ou programas de desenvolvimento no âmbito carcerário, de questão complexa e extremamente delicada, justamente em face das questões que foram preliminarmente levantadas acerca da criminalização de povos originários e sua invisibilização étnica em face aos sistemas carcerários e judiciários dos respectivos Estados nacionais.

Em termos gerais, e com fundamento nos mesmos dispositivos que garantem a preservação do direito à integridade cultural e social desses povos, os programas de desenvolvimento no âmbito carcerário, quando direcionados a indivíduos pertencentes a povos originários, devem sempre ter em vista os direitos específicos garantidos a esses indivíduos, respeitando os caracteres culturais inerentes à cada comunidade e reconhecendo sua soberania

²⁶⁴ O que implica em que as equipes de saúde dos distritos deverão ser compostas por médicos, enfermeiros, odontólogos, auxiliares de enfermagem e agentes indígenas de saúde, contando com a participação sistemática de antropólogos, educadores, engenheiros sanitaristas, entre outros.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

política e autodeterminação²⁶⁵. Ademais, esses programas devem evitar ao máximo a estigmatização dos indivíduos apenados²⁶⁶, vez que muitos indicativos dão conta de que, após o encarceramento, estes indivíduos têm dificuldades em retomar o convívio social em suas comunidades, justamente devido ao processo de despersonalização e invisibilização étnica ao qual são submetidos sob jurisdição estatal²⁶⁷. A falta de contato com familiares e amigos, devido à distância ou dificuldade de acesso aos centros penitenciários, acarreta, em muitos casos, a absorção do apenado integrante de povos originários à subcultura da prisão, o que afasta completamente a possibilidade de recepção pela sua comunidade no momento posterior ao cumprimento da pena²⁶⁸.

Além disso, é notável que, justamente pela radical diferença de perspectiva entre os sistemas de justiça estatal e a cosmovisão de grande parte das comunidades originárias, o sistema penitenciário, via de regra, não está apto para receber indivíduos pertencentes a estes povos de forma culturalmente adequada, ocasionando grande alienação destes indivíduos, tanto no que diz respeito à sua identidade étnica quanto no tocante à jurisdição estatal e ao sistema de justiça criminal, o que pode implicar, inclusive, em reincidência e novos episódios de encarceramento²⁶⁹.

Assim, é necessário que os Estados empreendam esforços no sentido de garantir a preservação da identidade étnica e cultural desses indivíduos, a começar pela necessidade de que sua etnia seja reconhecida oficialmente pelo judiciário e pela administração penitenciária, bem como que esses dados sejam catalogados e empregados na adaptação das instalações e instituições estatais para a melhor recepção de pessoas pertencentes a grupos originários. Ainda nesse esteio, é recomendável que os Estados desenvolvam programas para encorajar os

²⁶⁵ Australian Institute of Criminology. Best practice interventions in corrections for Indigenous people. Austrália, 2001. Disponível em: <https://csa.intersearch.com.au/csajspui/bitstream/10627/864/1/Best%20Practice%20Interventions%20in%20Corrections%20.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ COLÔMBIA. Defensoría del Pueblo de Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014, p. 12. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n-Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89nicas.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Australian Institute of Criminology. Best practice interventions in corrections for Indigenous people. Austrália, 2001. Disponível em: <https://csa.intersearch.com.au/csajspui/bitstream/10627/864/1/Best%20Practice%20Interventions%20in%20Corrections%20.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

indivíduos apenados que façam parte dessas comunidades a se aproximar de suas identidades culturais.

Como tem sido reiteradamente ressaltado, os povos originários têm seus próprios sistemas de crenças e valores, o que deve ser levado em consideração para a elaboração de atividades ou programas de desenvolvimento no âmbito do sistema carcerário. Nesses moldes, o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia - INPEC produziu a Circular 012/98, que apresenta diretrizes úteis para o desenvolvimento carcerário consonante com o respeito à integridade cultural. Entre as medidas recomendadas estão a coordenação de ações relacionadas ao tratamento dos indígenas por meio de atividades produtivas, socioeducativas e de formação artesanal, bem como a manutenção de estatísticas relativas à população carcerária proveniente de povos originários, com vista a facilitar o atendimento de transferências, bem como o contato entre membros de uma mesma comunidade étnica.

Já no que diz respeito ao emprego dos idiomas adequados nos procedimentos disciplinares das instituições penitenciárias, é certo que, nos termos da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Artigo XIV, 4), os Estados envidarão esforços para que os povos originários possam compreender e se fazer compreender em suas próprias línguas em processos administrativos, políticos e judiciais, providenciando-lhes, caso seja necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

O direito a um tradutor é garantia processual de gravíssima importância, por isso mesmo positivada pelo Artigo 8, §2º, “a”, da CADH, e, no caso de indivíduos integrantes de comunidades originárias, corresponde a repercussão necessária do direito à integridade cultural e ao direito de existir, dimensão coletiva do direito à vida, positivado pelo Artigo 4, CADH, como se verá mais adiante. Trata-se, portanto, de medida de necessária implementação por parte dos Estados, tanto no âmbito judicial quanto administrativo.

Por fim, questiona-se acerca das medidas específicas que devem ser adotadas pelos Estados para garantir a integridade física dos indivíduos pertencentes a grupos originários em privação de liberdade, sobretudo no que diz respeito à prevenção de atos de violência. A toda evidência, trata-se de questão que deve ser analisada sob a luz dos Artigo 4 e 5 da CADH, sublinhando-se que, devido à especificidade das complexas formações culturais e sociais reunidas sob o epíteto de “povos originários”, a Corte IDH têm sistematicamente interpretado

o direito à vida, erigido pelo Artigo 4, como “direito à vida digna”²⁷⁰ nos casos que tratam dos povos em questão.

É dizer: para a jurisprudência da Corte, por interpretar o âmbito de proteção da norma do Artigo 4 de forma mais abrangente no que diz respeito aos povos originários, o direito à vida passa a incorporar as práticas e costumes dessas comunidades em seu horizonte hermenêutico - o conjunto de referências empregadas na solução de um caso ou interpretação de uma norma - de modo que a cosmovisão e referências étnicas indígenas sejam incorporadas na interpretação dos direitos protegidos, mesmo nas situações em que estas referências parecem colidir com a noção ocidental dos direitos em questão²⁷¹.

A mesma perspectiva é adotada pelo Prof. Carlos Frederico Marés de Souza Filho, para quem o Direito à Vida, no caso dos povos originários, corresponde no âmbito coletivo ao Direito de Existir. A esse respeito, o autor destaca o seguinte:

O direito de existir como grupo diferenciado inclui usar o idioma, a cultura, a religião, praticar as festas, em liberdade. Portanto, não se trata do direito de não ser morto por causa da etnia, raça, prática religiosa ou grupo a que pertence, já tipificado como genocídio, trata-se do direito de praticar livremente seus usos, costumes e tradições, e mantê-los. O direito é de ser e de continuar sendo. É, portanto, um direito muito amplo e cuja realização conflita muitas vezes com fortes interesses econômicos, como o uso de recursos naturais e da própria terra²⁷².

Deste modo, o primeiro passo em direção à garantia da integridade física de integrantes de povos originários é a implementação de condições carcerárias que sejam compatíveis com a dignidade da pessoa humana, bem como medidas estatais positivas e concretas para a satisfação de uma vida digna²⁷³. No caso desses povos, como já foi explorado ao longo destas considerações, isso implica na preservação da identidade cultural e da integração dos indivíduos com suas comunidades e famílias.

Nesse sentido, importante delinear que a Corte IDH, no multicitado caso *Norín Catrimán e outros Vs. Chile*, já reconheceu que a detenção de integrantes de povos originários em centros penitenciários que dificultem a manutenção entre as pessoas privadas de liberdade e suas famílias, seja pela distância ou pela dificuldade de acesso e comunicação, pode

²⁷⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n. 1, 2014, p. 124.

²⁷¹ *Idem*.

²⁷² SOUZA FILHO, C. F. M. de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, M. C. da.; BARBOSA, S. (Orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 90.

²⁷³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, 2005, §162.

configurar não apenas uma violação ao direito à proteção familiar (Artigo 17, CADH), mas também à integridade pessoal, a depender das particularidades de cada caso²⁷⁴.

No que diz respeito ao Artigo 5 da CADH, por sua vez, necessário salientar, com o intuito de contextualizar as recomendações apresentadas, que a Corte IDH já estabeleceu que a violação do direito à integridade física e psíquica é uma classe de violação com diversas gradações, abarcando desde a tortura até qualquer outro tipo de tratamento cruel, vexatório ou desumano cujas consequências podem variar de intensidade segundo as particularidades de cada caso²⁷⁵. De mais a mais, a Corte também já decidiu que a privação de liberdade aplicada como consequência penal de uma conduta ilícita não pode fundamentar a restrição ou violação do direito à integridade pessoal, o que é terminantemente vedado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁷⁶.

À luz de todas essas considerações, fica claro que medida mais abrangente que pode ser tomada tendo em vista a preservação da integridade física e psíquica de integrantes de povos originários submetidos à privação de liberdade é a instituição de estabelecimentos especiais que possam atender a esses povos respeitando sua identidade étnica e cultural, já que a violação desses direitos implica em afronta aos parâmetros de vida digna erigidas pelo Artigo 4 da CADH sob interpretação sistemática da jurisprudência da Corte IDH.

Conforme já foi salientado pela Defensoria do Povo da Colômbia, em informe citado por diversas vezes ao longo destas considerações, o encarceramento dos indivíduos em questão em estabelecimentos penitenciários tradicionais implica em graves violações à sua dignidade, vez que tais estabelecimentos costumam funcionar em regimes frontalmente contrários às crenças e valores dos povos originários. Os detentos de origem indígena, por exemplo, acabam sendo privados de suas vestes e adereços tradicionais, submetidos a cortes de cabelo e outras intervenções corporais invasivas, bem como obrigados a utilizar os uniformes tradicionalmente impostos sobre a população carcerária. De mais a mais, como já foi ressaltado, falta aos estabelecimentos tradicionais frentes de trabalho, estudo e atividades culturais e desportivas compatíveis com a integridade cultural e social dos povos originários²⁷⁷.

²⁷⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, miembros e activista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile, 2015, §408.

²⁷⁵ *Ibidem*, §388.

²⁷⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguai, 2004, §84.

²⁷⁷ COLÔMBIA. Defensoría del Pueblo de Colombia. Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Outubro de 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad->

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

A esse respeito, é importante ressaltar que a necessidade de estabelecimentos ou, no mínimo, espaços específicos para a recepção desses indivíduos não pode, de modo algum, justificar o isolamento.

É recomendável, ademais, a implantação de mecanismos de controle e proteção específicos no que diz respeito a indivíduos integrantes de povos originários submetidos à privação de liberdade, com o intuito de otimizar o monitoramento e proteção desses detidos ou apenados, tanto no que diz respeito à integridade cultural quanto à adoção de medidas rápidas e eficientes para garantir a integridade física e psíquica daqueles que estejam submetidos a situações de risco, degradantes, ou de qualquer forma incompatíveis com o direito à vida digna erigido pela CADH.

VII. Pessoas Idosas

Em resposta ao questionamento da Comissão na Solicitação de Opinião Consultiva, este tópico se propõe a responder quais obrigações diferenciadas devem ser realizadas pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação à temática das pessoas idosas privadas de liberdade. Em análise às perguntas formuladas pela Comissão, serão abordadas as obrigações específicas dos Estados em relação à: i) acessibilidade; ii) saúde física e mental; iii) contato com as famílias, iv) reintegração social.

A população idosa está em particular posição de vulnerabilidade²⁷⁸ dentro do sistema carcerário. Nesse contexto, há marcada seletividade penal²⁷⁹, desigualdade social, pobreza e precarização das relações trabalhistas.²⁸⁰ Nesse sentido, os princípios da não discriminação (Art. 1.1 CADH) e da igualdade perante a lei (Art. 24 CADH) impõem aos Estados obrigações diferenciadas positivas para que as condições específicas de vulnerabilidade da população idosa sejam dirimidas dentro do sistema prisional.

No contexto do sistema global de proteção aos Direitos Humanos, certos instrumentos determinam a proteção da população carcerária, com atenção especial para os idosos. Nesta senda, as Regras de Mandela compõem o principal documento no que tange à proteção das pessoas encarceradas, ao determinar as regras mínimas para o tratamento de presos.²⁸¹ Tamanho estatuto foi aprovado por meio da Resolução 70/175 da Assembleia Geral da ONU em 17 de dezembro de 2015 e seu status normativo pode ser interpretado como vinculante perante todos os países do continente americano, englobando mais do que os seus signatários.

²⁷⁸ Vulnerabilidade é definida como a medida das características (sensibilidade) e circunstâncias (exposição) de um grupo ou pessoa que os tornam suscetíveis aos efeitos danosos de um perigo, incluindo o nível de recuperação. A Corte IDH entende que a vulnerabilidade é composta ainda de um elemento jurídico e outro fático. Ver: OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva Condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados, §112; ONU. United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR). Terminología sobre reducción del riesgo de desastres, Doc. 7817, 2009, p. 34; BLAIKIE, P; CANNON, P; DAVIS, I; WISNER, B. Vulnerabilidad: el entorno social, político y económico de los desastres, Tercer mundo editores, Bogotá, 1996, p. 89; AGUAYO, F. Sustentabilidad y desarrollo ambiental, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2007, p. 134;

²⁷⁹ A seletividade penal “*trata-se de um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência (ou suspeita de ocorrência) de um delito até a execução da pena*” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69). Nesse sentido, “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 76). Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁸⁰ GERSHENSON, Beatriz; WACHELESKI, Nadia Regina. As Experiências Sociais da Velhice no Cárcere. Mais 60: Estudos sobre Envelhecimento. Vol. 29, no. 27, p. 48-67, 2018.

²⁸¹ ONU. Regras Mínimas para Tratamento de Presos. A/RES/70/175, 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Adicionalmente, serão respondidas as perguntas tendo como base os artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1 e 24 da CADH e, também, outros instrumentos do direito internacional dos direitos humanos considerados aplicáveis ao objeto desta Opinião Consultiva - Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos e Princípios e Boas Práticas sobre Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. Cabe ainda, na mesma temática, discorrer sobre as especificidades da realidade da população idosa privada de liberdade. Nesse sentido, mesmo que de maneira genérica as condições carcerárias desencadeiem violações e vulnerabilidades em toda sua população, uma análise dos agravantes sociais, psicológicos e de saúde que afligem esse grupo mais frágil pelo avanço do decorrer da vida faz-se necessário.

Nesse diapasão, o Guia de Procedimentos para Prisioneiros com Necessidades Especiais do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime é claro ao afirmar que raramente as necessidades dos idosos são levadas em consideração em sistemas prisionais. Essa constatação é reflexo do longo processo de esquecimento e exclusão a que são submetidas as pessoas idosas.

Frisa-se que esta pesquisa é feita a partir de dados demográficos e contribuições de diversas áreas do conhecimento, para que a Corte esteja apoiada em análises empíricas e interdisciplinares. Assim, um panorama sobre as dimensões sócio espaciais vividas pelo idoso encarcerado é necessário.

A discriminação contra a população idosa se dá tanto pelo aparato estatal quanto pela sociedade, configurando um quadro de discriminação estrutural. Para abordar a complexidade dessa temática, o presente tópico irá abordar o isolamento social, vida familiar, emprego e o processo de reintegração e ressocialização.

O abandono familiar também é uma condição que atinge diversos idosos encarcerados. Muitas famílias, pelo distanciamento do tempo em casos de pessoas que envelhecem na prisão ou por rejeição de um parente condenado criminalmente, abandonam idosos. A ausência de uma ligação íntima entre o mundo do sistema prisional e o "mundo exterior" é parte integral da manutenção da dignidade e sociabilidade da pessoa privada de liberdade. Assim preceitua o Princípio XVIII dos Princípios e Boas Práticas sobre Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas ao explicitar a importância deste contato.²⁸²

²⁸² A Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou os referidos princípios através da resolução 1/08, em seu 131º período de sessões. Este documento foi elaborado pela Relatoria Especial sobre Direitos das Pessoas

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Ademais, o tempo no presídio impede que o detento tenha acesso ao mercado de trabalho e à profissionalização. A pobreza, entretanto, também é uma das causas do encarceramento. Assim apontou o Alto Comissariado de Direitos Humanos, que apresentou um relatório no Conselho de Direitos Humanos em sua 36ª sessão sobre “a não discriminação e a proteção de pessoas com vulnerabilidade agravada na administração, em particular em situações de privação de liberdade e no que diz respeito aos efeitos de super encarceramento e superlotação de presídios.” Dessa forma, a reintegração da pessoa idosa deverá ser feita de forma a cumprir com os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que o protegem.

As pesquisadoras Gershenson e Wacheleski concluem suas impressões sobre a vida do idoso em cárcere destacando a desqualificação social, a solidão, o castigo e a perda, mas, sobretudo a finitude da vida, que clama por proteção social.²⁸³ Essa conclusão vai de encontro às diversas obrigações estipuladas pelas normas internacionais aplicadas para a proteção de pessoa de idade avançada. Caberia ao Estado promover acesso a proteção e reabilitação por meios institucionais e, também, garantindo a dignidade, necessidades e privacidades dos idosos.²⁸⁴

O processo de exclusão pelo qual passam os idosos privados de liberdade, marcados pelo contexto de abandono e isolamento familiar, além de distanciamento do mercado de trabalho impactam o processo de ressocialização que eles passarão ao sair do cárcere. O cumprimento da pena, em verdade, despersonaliza o detento.²⁸⁵ Assim, o processo de reintegração²⁸⁶ é negligenciado, e o idoso retornará ao convívio social após severa vitimização.

Para que uma adequada resposta jurisdicional seja dada à realidade dos sistemas carcerários das Américas²⁸⁷, a condição de saúde dos idosos é de grande relevância e deve pautar o entendimento da Corte. É necessário que se compreenda como violações aos direitos

Privadas de Liberdade. Cf.: CIDH. Princípios e Boas Práticas sobre Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. Doc. 38, OEA/Ser/L/V/II.131, 13 de março de 2008.

²⁸³ GERSHENSON, Beatriz; WACHELESKI, Nadia Regina. As Experiências Sociais da Velhice no Cárcere. Mais 60: Estudos sobre Envelhecimento. Vol. 29, no. 27, p. 48-67, 2018.

²⁸⁴ CIDH. Princípios e Boas Práticas sobre Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. Doc. 38, OEA/Ser/L/V/II.131, 13 de março de 2008.

²⁸⁵ AUGUSTO DE SÁ, Alvin. Sobre a Reintegração Social - Criminologia Clínica e Psicologia Criminal, 2001, p. 59-65.

²⁸⁶ A reintegração da pessoa privada de liberdade pode ser definida como um processo de abertura gradativa do sistema carcerário para a sociedade e vice e versa no qual a sociedade tem um papel essencial. Ver: AUGUSTO DE SÁ, Alvin. Sobre a Reintegração Social - Criminologia Clínica e Psicologia Criminal, 2001, p. 59 - 65.

²⁸⁷ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Solicitud de opinión consultiva sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2224>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

humanos permitem que a estrutura prisional deteriore a saúde biológica, psicológica e social das idosas e idosos. Nesse diapasão, serão observadas as seguintes temáticas: envelhecimento precoce (a), acesso a serviços de saúde (b) e saúde mental (c).

a. Envelhecimento precoce da população carcerária

A literatura especializada em saúde especifica que a idade cronológica de uma pessoa livre, normalmente utilizada para determinar o início da velhice, não deve ser aplicada indiscriminadamente. Além da idade cronológica, existe um conjunto mais complexo que define a idade de uma pessoa, envolvendo saúde biológica, psicológica e social.²⁸⁸ Esse conjunto, reflexo do histórico pessoal, familiar, profissional e das condições de saúde de cada pessoa, deve ser levado em consideração ao se estudar envelhecimento.²⁸⁹ Esta ressalva é necessária para que pessoas com idade inferior à idade juridicamente estabelecida como o início da velhice sejam incluídas nas medidas diferenciadas aqui discutidas.

Diferentes países geralmente consideram idosos os encarcerados em idade mais nova do que a população em geral. O envelhecimento acontece, em média, 10 anos antes na população carcerária, em comparação com pessoas da mesma faixa etária fora do sistema prisional.^[15] Algumas pesquisas inclusive indicam a idade de 50 anos como a mais apropriada para definir quando uma pessoa encarcerada entra na terceira idade.²⁹⁰

A ausência de acesso adequado ao sistema de saúde, elevados índices de estresse e a frequência de vício em substâncias entorpecentes dentro dos sistemas prisionais são alguns dos fatores que justificam o envelhecimento precoce desse grupo.²⁹¹ Como a vida em cárcere é marcada pelo esquecimento e marginalização, as necessidades médicas dos idosos são também deixadas em segundo plano.

Em consonância com os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, o Estado tem como obrigação cuidar e proteger o idoso,²⁹² certificando-se do acesso à prestação de saúde básica, prevenindo ou atrasando o surgimento de doenças. Porém, o tratamento médico preventivo e contínuo é insuficiente e expõe gravemente a vida de todos os presos, refletindo

²⁸⁸ SHAPIRO, Brian. America's Aging Prison Population: Issues & Alternatives. Offender Programs. Social and Behavioral Rehabilitation in Prisons, Jails and the Community. Vol.5. no2, jul- aug, p. 17-32, 2001.

²⁸⁹ MORAGAS, Ricardo Moradas. Gerontologia social: envelhecimento e qualidade de vida. 2. Ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

²⁹⁰ MENDES, Raísa Pacheco S. A Situação do Idoso Encarcerado no Brasil. Anais do ICESP Promove. Simpósio de TCC e Seminário de IC, 2016/1º.

²⁹¹ UNODC. Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Serie de manuales de justicia penal, 2009, p. 125.

²⁹² ONU. Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, Art. 10.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

diretamente nos idosos e idosas encarceradas, já que sua condição física requer maiores cuidados e observâncias.

Em realidade, as estruturas institucionais não estão adequadas para as necessidades específicas dos idosos encarcerados.²⁹³ As penitenciárias são projetadas sem levar em consideração as dificuldades de mobilidade que muitos idosos apresentam. A ausência de sinalização, iluminação inadequada e presença de muitas escadas são algumas das características de presídios brasileiros que os tornam impróprios à população idosa.²⁹⁴ Uma estrutura inapropriada afeta diretamente a saúde e a condição física do idoso, além de facilitar o sofrimento psicológico.

Isoladamente, o encarceramento já é um fator de surgimento ou agravamento de doenças, o que coloca a população privada de liberdade em situação de risco maior do que o restante da população.²⁹⁵ As condições a que são submetidos os encarcerados normalmente apresentam uma série de características que fragilizam a sua saúde física e mental. Iluminação e ventilação natural reduzidas, alimentação inadequada, poucas oportunidades para prática de exercício físico e o acesso a drogas ilícitas são alguns dos fatores que favorecem o adoecimento.

Ademais, a superpopulação foi vista como uma das causas do aparecimento de doenças que poderiam ser evitadas com o tratamento preventivo adequado pelo Relator Especial sobre o Direito de Toda Pessoa a Desfrutar o Mais Alto Nível Possível de Saúde Física e Mental.²⁹⁶

Doenças contagiosas podem se espalhar com muita facilidade em ambientes superlotados e impedir que detentos com doenças pré-existentes, como idosos que chegam ao complexo penitenciário depois do início da velhice, possam ser tratadas adequadamente. Diabetes, câncer, doenças cardíacas e respiratórias são algumas das enfermidades crônicas que tem prevalência maior na população carcerária²⁹⁷.

²⁹³ MENDES, Raísa Pacheco S. A Situação do Idoso Encarcerado no Brasil. Anais do ICESP Promove. Simpósio de TCC e Seminário de IC, 2016/1º.

²⁹⁴ GERSHENSON, Beatriz; WACHELESKI, Nadia Regina. As Experiências Sociais da Velhice no Cárcere. Mais 60: Estudos sobre Envelhecimento. Vol. 29, no. 27, 2018, p. 48-67.

²⁹⁵ HEARD, Chaterine. Towards a Health-Informed Approach to Penal Reform? Institute for Criminal Policy Research, London, University of Birkbeck, 2019, p. 7.

²⁹⁶ ONU. Relatório do Relator Especial sobre o Direito de Toda Pessoa a Desfrutar o Mais Alto Nível Possível de Saúde Física e Mental. 65º Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A/65/255, §29.

²⁹⁷ HEARD, Chaterine. Towards a Health-Informed Approach to Penal Reform? Institute for Criminal Policy Research, London, University of Birkbeck, 2019, p. 4.

A insalubridade do ambiente carcerário é comprovada pelos índices de contaminação de doenças como tuberculose, hepatite B e C, além de AIDS.²⁹⁸ Na situação brasileira, especificamente, há prevalência de sífilis, por exemplo.²⁹⁹

Ademais, como consequência do envelhecimento precoce, a assistência médica dada a esta população não é apenas ineficiente, mas sobrecarrega o funcionamento e a administração dessas unidades de detenção. A superlotação dos presídios já é uma realidade que por si só coloca a vida e a saúde das populações privadas de liberdade em perigo, vulnerando especialmente o direito ao acesso à assistência de saúde pela população idosa. Para exemplificar, dados do contexto brasileiro divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público apontam que existem 729.949 presos para 437.912 vagas.³⁰⁰

Ainda que profissionais de saúde se apresentem com frequência, o grande contingente de detentos impede que tratamento mais intensivo e especializado seja dado à população com maiores necessidades médicas, os idosos.

Corroborando com o apresentado, a eclosão da pandemia de COVID-19 no ano de 2020 demonstrou o grau de vulnerabilidade em que se encontra a população idosa encarcerada. E, mais uma vez, o governo brasileiro não implementou nenhum plano de ação para salvaguardar a vida da população idosa ou não no cárcere. A mais vulnerável dentre todas as faixas etárias infectadas com COVID-19,³⁰¹ os idosos seguiram sem que o seu direito à saúde fosse garantido no contexto excepcional da crise sanitária. Essa realidade demonstra a gravidade e o risco de um sistema prisional superlotado para a saúde dos idosos em cárcere.

c. Saúde mental da população idosa encarcerada

O ambiente muitas vezes insalubre das prisões também pode ser apontado como causa do aparecimento ou agravamento da saúde mental de detentos, haja vista o alto índice de suicídios e sofrimento mental que é proporcionado por um ambiente marcado pela violência verbal, discriminação e abuso, sejam perpetrados por forças policiais ou outros detentos. Assim

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 27 de setembro de 2020.

³⁰¹ The John Hopkins Medicine (EUA). Coronavirus and COVID-19: Caregiving for the Elderly. [S. l.]. Disponível em: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/coronavirus/coronavirus-caregiving-for-the-elderly>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

se pode demonstrar com a constatação de que suicídios são quatro vezes mais comuns dentro de presídios.³⁰²

A população idosa, especificamente, apresenta maior risco de desenvolver doenças psiquiátricas. O envelhecimento está ligado a sentimentos de decadência, desvalor, adoecimento, cansaço e desprezo pela sociedade.³⁰³ Conseqüentemente, o ambiente opressor e fisicamente inadequado para essa população também contribui para esse agravamento.

Ademais, a precariedade dos tratamentos de saúde disponíveis para a população encarcerada aumenta também os casos de subnotificação de doenças psiquiátricas. Não obstante, o número de pessoas diagnosticadas com problemas relacionados à saúde mental é mais alto dentro dos sistemas prisionais em comparação com a população em liberdade.

Instrumentos aplicáveis de Direito Internacional

O sistema global de proteção aos Direitos Humanos é fundamentado em alguns instrumentos que determinam a proteção da população carcerária, com atenção especial para os idosos. Nesse sentido, as Regras de Mandela compõem o principal documento no que tange à proteção das pessoas encarceradas, ao determinar as regras mínimas para o tratamento de presos.³⁰⁴ Também chamadas das Regras Mínimas para Tratamento de Presos, esse estatuto foi aprovado através da Resolução 70/175 da Assembleia Geral da ONU em 17 de dezembro de 2015. Seu status normativo pode ser interpretado como vinculante perante todos os países do continente americano, englobando mais do que os seus signatários.

Explica-se. Uma resolução aprovada pela UNGA pode ter o condão de vincular seus membros, apresentando força normativa. A CIJ se pronunciou a respeito na Opinião Consultiva sobre Legalidade da Ameaça ou Uso de Arma Nuclear.³⁰⁵ Uma resolução da assembleia geral pode ter conteúdo vinculante. Ela pode ser prova da existência de uma norma ou da emergência de *opinio juris* entre os Estados. Para sua configuração, é necessária uma análise do conteúdo

³⁰² Agência de Notícias da AIDS. Incidência de AIDS é 138 vezes maior nas prisões. 09 Dez 2017. Disponível em: <https://agenciaaids.com.br/noticia/incidencia-de-aids-e-138-vezes-maior-nas-prisoes/#:~:text=Incidência%20de%20aids%20é%20138%20vezes%20maior%20nas%20prisões%20–%20Agência%20AIDS&text=Da%20cadeia%20para%20dentro%2C%20a,ginecologista%20para%20cada%20.109%20detentas.&text=A%20incidência%20do%20v%20C3%ADrus%20HIV,casos%20para%20cem%20mil%20detentos>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

³⁰³ COSTA, Gabriela et al. Envelhecimento: significado para idosos encarcerados. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, 16(1), p. 139-148.

³⁰⁴ ONU. Regras Mínimas para Tratamento de Presos. A/RES/70/175, 2016.

³⁰⁵ CIJ. Legalidade da ameaça ou uso de arma nuclear, Opinião Consultiva. ICJ Reports 1996, p. 226.

e das condições que resultaram na aprovação da resolução, assim como a caracterização de *opinio juris*.

O contexto em que foram propostas e aprovadas as Regras de Mandela explicam a sua normatividade. A unanimidade de sua aprovação, sem necessidade de votação nominal, é justificada pelo consentimento coletivo de todos os Estados-membros das Nações Unidas de se submeterem a estas normas. Em verdade, as Regras de Mandela são uma atualização de normas já anteriormente aprovadas. Com a sua primeira adoção em 1955, a primeira versão das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos esteve por mais de 55 anos até sua atualização. Essa dilatação temporal sinaliza a vontade da maioria dos Estados de estabelecer uma regulamentação sobre as condições às quais as pessoas privadas de liberdade estão submetidas.

A emergência de uma *opinio juris* pode ser observada durante a aprovação da primeira resolução em 1955³⁰⁶ e a sua consolidação com prática estatal se deu ao longo dos anos até a sua atualização em 1955. A prática estatal pode ser comprovada pela importância que o documento adquiriu ao longo dos anos em influenciar a legislação interna de diversas nações além da repetição das normas ao longo de diversos instrumentos internacionais.³⁰⁷

Assim é possível concluir do preâmbulo da Resolução 70/175. A Assembleia Geral - consequentemente a comunidade de Nações - afirma a consciência de que as referidas regras são universalmente reconhecidas e guiaram o comportamento dos países desde sua primeira aprovação, configurando o que é entendido como boas práticas e princípios em termos de tratamento de pessoas presas.³⁰⁸ Afirmam ainda tomar em conta o desenvolvimento progressivo das normas internacionais sobre o tratamento de pessoas privadas de liberdade.

Esta corte já afirmou a aplicação das Regras de Mandela em decisões passadas. Assim se observa na Medida Provisória a respeito do Brasil no assunto do Instituto Penal Plácido de

³⁰⁶ As “Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos” foram adotadas em 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, e depois novamente aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das resoluções 663 C (XXIV) de 1957 e 1976 (LXII) de 1977. Também retificadas pela Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

³⁰⁷ Um tratado internacional pode comprovar a existência de direitos costumeiro pela sua cristalização ou codificação. Ver: ONU. Comissão de Direito Internacional. Projeto de Conclusões da Comissão de Direito Internacional na Identificação de Direito Internacional Costumeiro, Conclusão 11.

³⁰⁸ ONU. Regras Mínimas para Tratamento de Presos. A/RES/70/175, 2016.

Sá Carvalho.³⁰⁹ O uso das Regras de Mandela como parâmetro para determinar a violação da Convenção por um país é observado também em outras decisões.³¹⁰

A partir desse momento, serão analisadas as regras que determinam obrigações específicas para os Estados Americanos. Nesta senda, é importante destacar as regras 24 a 35, que estipulam os requisitos mínimos de acesso à saúde.

Ao versar sobre os serviços de saúde que devem ser garantidos pelo Estado, a regra 24 determina a manutenção do mesmo padrão de saúde garantido à sociedade em geral para os encarcerados. Observa-se ainda a inclusão da continuidade ao tratamento de doenças a que o detento já esteja submetido antes do encarceramento.

Por sua vez, as Regras de Mandela ainda preveem que a saúde mental das pessoas privadas de liberdade seja protegida. As Regras 25, 32, 33 determinam, respectivamente, a inclusão de serviços de psicologia e psiquiatria nas penitenciárias, a obrigação do médico em proteger a saúde mental do preso e também de relatar ao diretor do presídio sempre que a saúde mental de algum detento esteja em risco devido ao encarceramento.

Igualmente, este conjunto de normas ainda estipula que deverá haver separação dos estabelecimentos prisionais de acordo, entre outros fatores, pela idade. Assim determina a Regra de Mandela de número 11.

Outro importante documento aprovado pela UNGA compõe os Princípios das Nações Unidas para o Idoso (Resolução 46/91) Entre eles está consagrado o princípio da assistência, estabelecendo o acesso à assistência da saúde para bem-estar físico, mental e emocional, para a prevenção de doenças. Esse princípio é implementado através de meios apropriados de atenção institucional.

Em concordância com os documentos já mencionados, em 1982 foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU (Resolução 37/51) a criação do Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento. Em sua recomendação nº1, o Plano estabelece que:

los cuidados tendientes a compensar las incapacidades, reeducar las funciones restantes, aliviar el dolor, mantener la lucidez, el bienestar y la dignidad de las personas afectadas y que les ayuden a reorientar sus esperanzas y proyectos, sobre todo en las personas de edad, son tan importantes como los tendientes a la curación.

³⁰⁹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución da Corte Interamericana de Direito Humanos de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, §68.

³¹⁰ Aprovada em 16 de dezembro de 1991, sem votação.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

No que se refere ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos foi o primeiro instrumento regional juridicamente vinculante que protegeu especificamente o direito de pessoas idosas. Até o momento, 6 países da região ratificaram a Convenção - Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador e Uruguai. A Convenção entrou em vigor em 11 de janeiro de 2017 e prevê um Mecanismo de Seguimento composto da Conferência dos Estados Parte e a Comunidade de Experts, que serão estabelecidas quando o décimo instrumento de adesão ou ratificação for recebido.

Artigo 26: O idoso tem direito à acessibilidade ao entorno físico, social, econômico e cultural e à sua mobilidade pessoal.

Estas medidas, que incluirão a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras de acesso, aplicar-se-ão, entre outros, ao seguinte:

a. Os edifícios, as vias públicas, o transporte e outras instalações externas e internas, como centros educativos, residências, instalações médicas e locais de trabalho.

Os Estados Partes também adotarão as medidas pertinentes para:

b. Desenvolver, promulgar e supervisionar a aplicação de normas mínimas e diretrizes sobre a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público.

c. Assegurar que as entidades públicas e privadas que possuam instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em conta todos os aspectos de acessibilidade para o idoso.

d. Oferecer formação a todas as pessoas envolvidas nos problemas de acessibilidade que o idoso enfrenta.

Os seis Estados membros que a ratificaram possuem específicos regimes para garantir a sua aplicação em seus ordenamentos jurídicos nacionais. Assim podemos demonstrar que se inicia uma prática estatal - elemento material do costume regional - em proteção dos direitos humanos dos idosos que podem configurar um costume internacional se visto em conjunto com Regras de Mandela.^[38] Em consonância com a Conclusão 5 da Comissão de Direito Internacional na Identificação de Direito Internacional Costumeiro, a prática estatal é observada na conduta do Estado em seus poderes executivos, judiciários e legislativos.

O elemento de *opinio juris* também pode ser verificado pela conduta dos Estados de aceitar a obrigatoriedade dessas normas.^[39]

Em relação à jurisprudência desta corte interamericana, a proteção dos idosos já foi repetidamente reafirmada em diversos julgamentos. Sujeitos de um processo discriminatório

estrutural, idosos encarcerados são titulares de direitos que obrigam os Estados a cumprir específicas medidas para sua proteção.

O idoso, por sua condição de vulnerabilidade³¹¹ deve receber proteções especiais para garantir que seus direitos garantidos na CADH sejam cumpridos pelos Estados.³¹²

A jurisprudência da Corte IDH é clara ao reconhecer a vulnerabilidade do idoso e determinar medidas que visem a proteção especial dessa parcela da população. A repetição desses princípios e regras por tribunais constitui mais um elemento que comprova a existência de um costume internacional ou regional.³¹³

Em *Poblete Vilches e outros Vs. Chile*, a Corte ressaltou a importância de visibilizar as pessoas idosas como sujeitos de direitos com especial proteção e, por conseguinte, de cuidado integral, com o respeito de sua autonomia e independência. Portanto, considerou que, a respeito das pessoas idosas, como grupo em situação de vulnerabilidade, existe uma obrigação reforçada de respeito e garantia de seu direito à saúde, o que se traduz na obrigação de prestar-lhes a assistência de saúde que seja necessária, de maneira eficiente e contínua. Por conseguinte, o descumprimento dessa obrigação surge quando lhes é negado o acesso à saúde ou não lhes é garantida proteção, podendo também ocasionar uma violação de outros direitos. Nesse mesmo sentido foram decididos os casos *Comunidade Indígena Axa v. Paraguai* e *Muelle Flores v. Peru*.

Diante do exposto, à luz das normas de direito internacional aplicáveis à proteção da população idosa privada de liberdade, deve-se afirmar que é necessária a criação de normas e protocolos orientando que os Estados observem:

- i) A adaptação dos presídios e facilidades utilizadas por idosos privados de liberdade de forma que todos os espaços possam ser plenamente utilizados;
- ii) Garantir a separação de alas específicas para detentos(as) idosos(as);
- iii) Fornecer assistência médica rotineira e especializada para que sejam fornecidos diagnósticos e para o tratamento de doenças crônicas;
- iv) Possibilitar que todos tenham acesso a cuidados psicológicos e psiquiátricos;
- v) Promover uma política penitenciária em que o(a) idoso(a) tenha contato constante com suas famílias

³¹¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Poblete Vilches vs. Chile*; OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *García Lucero et al. vs. Chile*.

³¹² ONU. Comissão de Direito Internacional. Projeto de Conclusões da Comissão de Direito Internacional na Identificação de Direito Internacional Costumeiro, Conclusão 13.

³¹³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Muelle Flores v. Peru*.

VIII. Crianças que vivem em penitenciárias com suas mães

Os próximos parágrafos serão voltados para o atendimento dos pontos formulados no item “F” da Solicitação de Opinião Consultiva apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 64.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Preliminarmente, serão assentados os pressupostos básicos que fundamentam as conclusões adotadas pelo presente instrumento, em especial aqueles pertinentes à: i) existência de um corpo jurídico internacional voltado à proteção da criança, do qual a CADH é parte; ii) definição de criança utilizada em geral pelos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos; iii) existência de uma vulnerabilidade especial e adicional criada a partir do cárcere, em relação às crianças que vivem em centros de detenção com suas mães; iv) a existência de uma obrigação positiva, atribuída aos Estados e derivada do direito à igualdade, de proteção especial de menores, derivadas de dupla e especial vulnerabilidade.

Em sequência, será realizada breve análise acerca da legislação e dados referentes à situação de crianças que vivem em centros de detenção com suas mães no Brasil.

Por fim, serão respondidos, de maneira sequenciada, cada um dos questionamentos formulados pela Opinião Consultiva, de acordo com as informações colhidas por esta Instituição.

A - Dos pressupostos básicos adotados.

O sistema internacional de proteção à criança é constituído por um corpo jurídico internacional composto pela Convenção sobre os Direitos das Crianças, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e por, pelo menos, outros 80 instrumentos internacionais³¹⁴ já reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³¹⁵. Esse

³¹⁴ Dentre os instrumentos jurídicos aplicáveis, a Corte IDH reconhece, entre outros, a Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1959), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (As Regras de Pequim, 1985), Regras Mínimas das Nações Unidas para medidas não privativas de liberdade (Regras de Tokyo, 1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riade, 1990). Este mesmo círculo de proteção à criança inclui o Acordo 138 e a Recomendação 146 da Organização Internacional do Trabalho e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

³¹⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 17/2002, §24; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Fornerón e Filha vs. Argentina, 2012, §44.

corpo jurídico é utilizado pela Corte IDH para o estabelecimento do conteúdo e alcance das obrigações aplicáveis aos Estados a partir do art. 19 da CADH, em especial no que se refere às medidas de proteção referidas pelo mencionado artigo³¹⁶.

Nesse sentido, a interpretação do art. 19 da CADH deverá ser realizada de maneira integrada com os demais mecanismos jurídicos ou não-jurídicos voltados à proteção da criança, priorizando-se a dinamicidade e o tratamento da criança como um sujeito de proteção, em oposição à consideração dela como mero objeto de análise³¹⁷.

O conceito de criança adotado por esse sistema integrado é baseado em um critério objetivo - qualquer ser humano abaixo de 18 anos é considerado criança, para os efeitos da CADH³¹⁸. O critério objetivo estabelecido baseia-se na noção de plena capacidade do exercício de direitos, sem a influência da autoridade parental. Em outras palavras, o critério adotado pela Corte IDH perpassa pela noção de que crianças não possuem a capacidade - ou se possuem, não a possuem em larga escala - de exercer pessoal e diretamente seus direitos subjetivos, ou assumir integralmente obrigações legais³¹⁹.

Como corolário do afirmado acima, a Corte Interamericana reconheceu amplamente a obrigação dos Estados de adotar medidas de proteção a favor de toda criança em virtude de sua condição, a qual irradia seus efeitos na interpretação de todos os demais direitos³²⁰. A interpretação referida foi extraída do texto literal dos artigos 19 da Convenção Americana e VII da Declaração, por meio do qual se exige do Estado a adoção de medidas especiais de proteção, cuidados e ajudas³²¹.

Com efeito, quando se trata da proteção dos direitos das crianças, o Estado deve adotar mecanismos especiais de proteção, priorizando-se o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração os direitos das crianças de forma transversal e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral.

³¹⁶ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, 1999, §§194, 196; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales), 1999, §146; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri, §162; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Bulacio, 2003, §133.

³¹⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 17/2002, §28.

³¹⁸ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 17/2002, §38; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito, 1999, §188.

³¹⁹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 17/2002, §41.

³²⁰ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §66; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Perú, 2004, §164.

³²¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §164.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Nesse mesmo sentido, a Corte IDH asseverou que, pelas condições em que se encontram as crianças, esse tratamento diferenciado não é discriminatório *per se*, no sentido proibido pela Convenção³²². Em vez disso, serve ao propósito de permitir o pleno exercício dos direitos reconhecidos dos menores de idade. Se, por um lado, à luz dos artigos 1.1 e 24 da CADH, os Estados não podem estabelecer distinções dissociadas de justificativa objetiva e razoável, por outro, o tratamento diferenciado, no caso de crianças, é obrigatório, e se origina da sua situação específica de vulnerabilidade, imaturidade e inexperiência³²³. Assim, entende-se que a diferenciação, em relação aos direitos das crianças, é baseada na dignidade da pessoa humana, na característica inerente aos menores, e na necessidade de assegurar o seu pleno desenvolvimento³²⁴.

No que se refere ao escopo da presente Opinião Consultiva, esta equipe redatora considera que o cárcere, em si mesmo considerado, constrói uma condição de vulnerabilidade adicional para as crianças, na medida em que compromete o seu desenvolvimento e o gozo de direitos.

Não se olvida do direito da criança de viver com sua família, responsável primária pela satisfação de suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas. Em diversas oportunidades, a Corte IDH ressaltou que o Estado deve proteger a unidade familiar, optando pela separação apenas excepcionalmente³²⁵.

O que se quer trazer à evidência é o reconhecimento internacional de que o ambiente severo e punitivo das prisões pode causar danos permanentes ao bem-estar psicológico e mental das crianças³²⁶.

De acordo com o Relatório do Relator Especial sobre direito de gozar do mais alto padrão possível de saúde física e mental, crianças em detenção e confinamento são vítimas de sofrimento de escala e magnitude que apontam para a necessidade de se firmar um compromisso global com a abolição de prisões infantis³²⁷. Além disso, o mesmo relatório afirma categoricamente que todas as formas de detenção comprometem gravemente o gozo das

³²² OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva - 17/2002, §55. Ver también: Conselho Europeu. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Bouamar vs. Bélgica, 1988, §67.

³²³ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva - 17/2002, §60.

³²⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva - 17/2002, §56.

³²⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e filha vs. Argentina, 2012, §47.

³²⁶ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Handbook on Women and Imprisonment. 2nd edition, with reference to the United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules), p. 93.

³²⁷ Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. A/HRC/38/36, §53.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

crianças dos direitos à saúde, ao desenvolvimento saudável e à máxima sobrevivência e desenvolvimento, em violação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12) e da Convenção sobre o Direitos da Criança (arts. 6 e 24)³²⁸.

Esse também é o entendimento da Corte, demonstrado na Opinião consultiva n. 21/2014³²⁹:

Desta forma, quando se trata de crianças que se encontram com seus progenitores, a manutenção da unidade familiar em razão de seu interesse superior não constitui razão suficiente para legitimar ou justificar a procedência excepcional de uma privação de liberdade da criança acompanhada de seus progenitores, dado o efeito prejudicial para seu desenvolvimento emocional e seu bem-estar físico.

Esse é o mesmo pressuposto utilizado no contexto da justiça penal juvenil, pautado nos princípios de legalidade, excepcionalidade, máxima brevidade e priorização da aplicação de medidas substitutivas³³⁰.

Às consequências deletérias do cárcere, são somados os traumas acarretados pelo encarceramento de um dos pais da criança. Segundo dados de especialistas, a prisão de um dos dois pais parece ser uma das mais dolorosas experiências de um menor, porque frequentemente vivido de maneira abrupta e violenta³³¹.

Firmado à premissa da vulnerabilidade extrema de crianças que acompanham as suas mães no cárcere, é de entendimento da Corte IDH que o Estado deve “*assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei*”³³². Em outras palavras, se à situação de extrema e especial vulnerabilidade decorrer, inter alia, da falta de recursos e efetivos do Estado, ou da insuficiente presença de instituições estatais, o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente³³³.

No caso específico de crianças, a obrigação de adoção de medidas positivas do Estado se funda no interesse superior da criança, que, em consequência, fundamenta-se na dignidade

³²⁸ Ibidem, §55.

³²⁹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §58.

³³⁰ Nesse sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (“Regras de Pequim”), regra 19.1; e as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (“Regras de Havana”), regra 1.

³³¹ BLANCHET, Mariannick. “L’enfant face à son parente incarcéré: quel maintien du lien?”. Le journal des psychologues. v. 265. mar./ 2009, p. 30-34.

³³² OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Furlan e Familiares vs. Argentina, 2012, §126.

³³³ No caso, a Corte considerou que à ausência de adoção de medidas positivas necessárias para reverter à exclusão de uma Comunidade indígena evidenciou uma discriminação de facto contra os seus membros, marginalizados no gozo dos diversos direitos. Cf.: OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §273.

do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades³³⁴. Como no raciocínio adotado para crianças privadas de liberdade, o contexto de crianças em prisões acompanhando as mães implica o Estado em uma posição especial de garante, que exige uma preocupação particular com as circunstâncias da vida que o menor levará enquanto estiver no cárcere³³⁵.

B - Dados sobre o Brasil.

Para ilustrar, de maneira mais clara, o contexto fático e jurídico em relação às crianças que vivem em prisões com suas mães no Brasil, esta equipe redatora colheu dados junto ao Departamento Penitenciário Nacional, cujos dados completos estarão disponíveis em anexo.

De acordo com o último dado divulgado oficialmente (2019), 752 crianças estavam em Unidades Prisionais Brasileiras junto a suas mães.

Não obstante haver previsão legislativa (artigo 89 da Lei 7.210/1984) de adequação da penitenciária de mulheres para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, a legislação restringe-se a estabelecer que sejam instalados seções para gestante, parturiente e de creche. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece um período mínimo de permanência da criança com sua mãe, que deve ser de um ano e seis meses (art. 2º da Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP).

Além disso, a lei 8.069/1990 estabelece que a convivência deverá ser 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 (artigo 19, § 4º).

Quanto aos direitos das crianças enquadradas nesse contexto, o Departamento Penitenciário Nacional afirmou que orienta “*as unidades prisionais a estabelecerem estratégias de fortalecimento dos vínculos familiares entre mães, filhos e comunidade, inclusive com aparelhamento de locais adequados para permanência e visitas de crianças*”. Por outro lado, o órgão reconhece que, no âmbito dos estados, as instalações das unidades prisionais destinadas às mulheres, via de regra, não são planejadas para atender às especificidades da maternidade, haja vista que costumam ser destinadas às mulheres unidades prisionais masculinas que já não podem atender a esse público.

³³⁴ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Atalia Riffo e Crianças vs. Chile, 2012, §108.

³³⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai, 2004, §160.

Dentre os apontamentos do Departamento para a unidade prisional, destaca-se a estruturação da unidade prisional, a fim de alocar para as mulheres: a) espaço adequado para o descanso (cama, colchão, lençol e travesseiro); b) boa ventilação e iluminação; c) água corrente e potável disponível na cela; d) fácil acesso ao setor de saúde e de assistência social; e) espaço para aleitamento materno; f) lixeira com tampa; e g) chuveiro aquecido.

Não foi levado ao conhecimento desta equipe redatora dados específicos quanto à situação efetiva do cárcere, em relação aos apontamentos do Departamento Penitenciário Nacional.

C - Sobre crianças que vivem em centro de detenção com suas mães

Os questionamentos formulados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, serão, neste momento, endereçados de maneira conjunta, especialmente pela indissociabilidade dos fundamentos determinantes de cada resposta.

A Opinião Consultiva assinalou quatro eixos principais de enfoques. São elas: 1) as obrigações dos Estados para garantir os direitos das crianças que vivem com suas mães nas prisões, à luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1, 19 e 24; i) as obrigações específicas dos Estados em relação ao direito à vida familiar da criança, incluindo o respeito do contato com o outro progenitor; 3) as obrigações do Estado em relação às crianças que vivem nesse contexto no que se refere ao acesso ao direito à saúde e sua alimentação; 4) os deveres do Estado para assegurar um desenvolvimento adequado das crianças que vivem em centro de detenção com suas mães, incluindo o relacionado à integração comunitária, socialização, educação e recreação.

Inicialmente, faz-se necessário salientar que o direito à vida e ao desenvolvimento de crianças apenas pode ser implementado de maneira holística, através do reforço de todos os outros direitos da CADH e da CDC, em especial o direito à saúde, à nutrição adequada, à segurança, à dignidade, educação, ao lazer, entre outros³³⁶. Assim sendo, todos os Estados devem adotar em sua política nacional uma lógica de proteção integral derivada do seu dever de implementar, em relação aos menores de idade, medidas especiais de proteção.

Ademais, as medidas a serem adotadas pelos Estados devem ser modificadas de acordo com, pelo menos, dois períodos específicos: a primeira infância e a adolescência. O Comitê de

³³⁶ Comitê sobre os Direitos das Crianças. Implementando o direito das crianças na primeira infância. Comentário Geral n. 7 (2005). CRC/C/GC/7/Rev. 1, §10.

Direitos das Crianças da ONU reiterou que, em razão de características especiais³³⁷, crianças na primeira infância possuem necessidades peculiares que perpassam desde a nutrição física e assistência emocional, até a exigência de tempo e espaço para brincar, explorar e aprender socialmente³³⁸.

Por outro lado, a adolescência³³⁹ requer cuidados especiais, como a necessidade de se assegurar o direito à informação adequada (essa garantia atravessa temas como planejamento familiar, prevenção de acidentes, proteção contra tradições prejudiciais, noções sobre risco de drogas ou outras substâncias tóxicas), privacidade, confidencialidade, socialização, e tratamento adequado para adolescentes com distúrbios mentais³⁴⁰. Esse é o mesmo entendimento adotado pela Corte IDH, quando, instada a manifestar-se acerca do tratamento jurídico adequado no caso de crianças em contexto de migração, assinalou que a aplicação das normas internacionais deve ter em conta a idade da criança, para que os recursos humanos e materiais empregados estejam estruturados segundo as necessidades específicas de grupos etários³⁴¹.

³³⁷ Dentre as características especiais da primeira infância, o Comitê sobre os Direitos das Crianças destacou: “(...) *Young children experience the most rapid period of growth and change during the human lifespan, in terms of their maturing bodies and nervous systems, increasing mobility, communication skills and intellectual capacities, and rapid shifts in their interests and abilities; (b) Young children form strong emotional attachments to their parents or other caregivers, from whom they seek and require nurturance, care, guidance and protection, in ways that are respectful of their individuality and growing capacities; (c) Young children establish their own important relationships with children of the same age, as well as with younger and older children. Through these relationships they learn to negotiate and coordinate shared activities, resolve conflicts, keep agreements and accept responsibility for others; (d) Young children actively make sense of the physical, social and cultural dimensions of the world they inhabit, learning progressively from their activities and their interactions with others, children as well as adults; (e) Young children’s earliest years are the foundation for their physical and mental health, emotional security, cultural and personal identity, and developing competencies; (f) Young children’s experiences of growth and development vary according to their individual nature, as well as their gender, living conditions, family organization, care arrangements and education systems; (g) Young children’s experiences of growth and development are powerfully shaped by cultural beliefs about their needs and proper treatment, and about their active role in family and community.*” Comitê sobre os Direitos das Crianças. Implementando o direito das crianças na primeira infância. Comentário Geral n. 7 (2005). CRC/C/GC/7/Rev. 1, §6.

³³⁸ *Ibidem*, §10.

³³⁹ Adolescência é assim definida pelo Comitê sobre os Direitos das Crianças: “*Adolescence is a period characterized by rapid physical, cognitive and social changes, including sexual and reproductive maturation; the gradual building up of the capacity to assume adult behaviours and roles involving new responsibilities requiring new knowledge and skills. While adolescents are in general a healthy population group, adolescence also poses new challenges to health and development owing to their relative vulnerability and pressure from society, including peers, to adopt risky health behaviour. These challenges include developing an individual identity and dealing with one’s sexuality. The dynamic transition period to adulthood is also generally a period of positive changes, prompted by the significant capacity of adolescents to learn rapidly, to experience new and diverse situations, to develop and use critical thinking, to familiarize themselves with freedom, to be creative and to socialize.*” Comitê sobre os Direitos das Crianças. Saúde na adolescência no contexto da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Comentário Geral n. 4 (2003). CRC/GC/2003/4, §2.

³⁴⁰ *Idem*, §17.

³⁴¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §174.

Somado a isso, os Estados devem assegurar a proteção especial ao grupo mais vulnerável de crianças, bem como aquelas expostas à risco mais acentuado de discriminação. É o caso de meninas, crianças com deficiências, crianças indígenas, crianças com ascendentes migrantes, crianças portadoras de HIV/AIDS e crianças cujos pais são dependentes químicos³⁴².

Em particular, o Estado deve cumprir as disposições do artigo 1.1, 4.1, 5, 17.1, 19 e 24 da CADH por meio de três eixos principais: i) a satisfação das necessidades materiais, físicas e educativas básicas; ii) o cuidado emocional; e iii) a segurança como proteção efetiva contra qualquer tipo de abuso, exploração ou forma de violência³⁴³.

i. Satisfação das necessidades materiais, físicas e educativas básicas

Em relação às necessidades materiais, físicas e educativas básicas, são ressaltadas as questões relativas ao acesso e qualidade de água, alimentação, saúde e educação das crianças. Em derradeiro, o Estado tem, em relação às crianças sob sua custódia, a obrigação de provê-las de assistência à saúde e educação, para assim assegurar que o cárcere não destruirá seus projetos de vida³⁴⁴.

A Corte IDH já ressaltou que a educação e o cuidado da saúde das crianças supõem diversas medidas de proteção e constituem os pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna por parte das crianças³⁴⁵.

Quanto ao fornecimento de água, a Corte já reconheceu a necessidade do fornecimento de água de qualidade, no montante de, no mínimo, 7,5 litros por dia para satisfazer o conjunto das necessidades básicas, que inclui alimentação e higiene³⁴⁶.

Por sua vez, a dieta alimentar deve atender as necessidades nutricionais das crianças, a fim de evitar prejuízos ao desenvolvimento e crescimento dos menores³⁴⁷. Em relação aos

³⁴² Comitê sobre os Direitos das Crianças. Implementando o direito das crianças na primeira infância. Comentário Geral n. 7 (2005). CRC/C/GC/7/Rev. 1, §24.

³⁴³ Nesse sentido, veja a OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §164.

³⁴⁴ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai, 2004, §161; regra 13.5 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985.

³⁴⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §258.

³⁴⁶ ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observação Geral nº 15. O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto), (29º período de sessões de 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002), §12; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §195.

³⁴⁷ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, 2010, §201.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

cuidados de saúde *lato sensu*, a Corte IDH já se pronunciou pela necessidade de garantir às crianças acesso à assistência médica adequada e vacinação correspondentes. Além disso, devem ser garantidos acesso à higienização, serviços médicos, imunização apropriada, e nutrição. Em relação às crianças ou mães portadoras de HIV/AIDS, deve-se garantir: (a) à prevenção de infecção dos pais e filhos pequenos, intervindo especialmente nas cadeias de transmissão (tanto entre pai e mãe, ou mãe para o bebê); (b) o fornecimento de diagnósticos precisos, tratamento eficaz e outras formas de apoio (incluindo terapias anti-retrovirais); (c) cuidados alternativos adequados.

Ademais, os Estados têm o dever de garantir a acessibilidade à educação básica gratuita e à sustentabilidade da mesma. O sentido de acesso à educação deve ser interpretado em sentido amplo, com a contribuição de pais, família e programas organizados de acordo com o grupo etário específico; o oferecimento de programas educativos sólidos e a contratação de professores e recursos adequados³⁴⁸. Em particular, quando se trata de satisfazer o direito à educação básica para crianças indígenas, o Estado deve propiciar o referido direito com uma perspectiva etnoeducativa³⁴⁹.

Por fim, também devem garantir o direito da criança ao descanso e lazer, assegurando que os menores se envolvam em atividades lúdicas e recreativas apropriadas e participem na vida cultural e nas artes.

Nesse sentido, os Estados devem assegurar:

i) que as crianças sejam separadas de outros adultos, à exceção de seus pais, para evitar que terceiros, por sua qualidade de adultos, abusem de sua superioridade;

ii) que as crianças tenham contato, tanto quanto possível, com outros menores de idade, respeitando-se as peculiaridades quanto à sua origem étnica, cultural, linguística e religiosa e encorajando a diversidade;

iii) serviços de atenção especializada em razão das necessidades particulares de cada criança, atendendo, por exemplo, as crianças com deficiência, as crianças que vivem com HIV/AIDS, as crianças lactantes, as crianças na primeira infância, as crianças vítimas de tráfico, entre outros;

iv) que os recursos humanos empregados no acompanhamento da criança possuam treinamento específico;

³⁴⁸ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai, 2004, §174.

³⁴⁹ *Ibidem*, §211.

v) que sejam oferecidos serviços de saúde que incluam à imunização contra as doenças mais comuns em crianças, oferecimento de vitaminas e suplementos;

vi) que sejam oferecidos alimentação adequada nutritivamente, de acordo com a cultura local, além da disponibilidade de água potável e limpa;

vii) que haja um acompanhamento do crescimento físico da criança³⁵⁰.

Sobre a matéria, o entendimento consolidado pela Cidh na Opinião Consultiva 21/2014 sobre o direito das crianças detidas no âmbito da migração internacional deve ser também adotado para menores que vivem nas prisões com suas mães³⁵¹:

Algumas dessas condições são as seguintes: garantir que as crianças tenham certo nível de privacidade para que sua intimidade seja respeitada; o espaço de alojamento deve prover um lugar onde guardar suas coisas de forma segura; deve assegurar-se a alimentação completa e nutritiva durante o tempo de estadia; deve ser fornecido acesso a serviços de saúde, seja física e/ou psicossocial; deve ser fornecido acesso contínuo à educação fora do estabelecimento; deve existir um local para o lazer e recreação, e as crianças que queiram participar de atividades culturais, sociais e religiosas, devem contar com um tutor que os acompanhe. Quanto ao pessoal do centro, deverá ser especializado e receber formação em psicologia infantil, proteção da infância e direitos humanos das crianças.

ii. Cuidados emocionais

Os Estados têm a obrigação de assegurar a saúde emocional e psicológica das crianças. Essa obrigação inclui, também, o respeito ao direito à identidade³⁵², que acarreta uma importância especial durante a infância e relaciona-se com o desenvolvimento pessoal, familiar e social da criança, usualmente assegurados pelo crescimento com a família biológica. No contexto de crianças que acompanham as suas mães na prisão, o direito à identidade exige do Estado à adoção de medidas dirigidas a relacionar o pai com sua filha³⁵³.

³⁵⁰ Nesse sentido: 1) Comitê sobre os Direitos das Crianças. Implementando o direito das crianças na primeira infância. Comentário Geral n. 7 (2005). CRC/C/GC/7/Rév. 1, §24; 2) OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §182; 3) Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres prisioneiras e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), regras 5, 21, 33.3, 49, 51; 4) United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Handbook on Women and Imprisonment. 2nd edition, with reference to the United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules), p. 93.

³⁵¹ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva - 21/2014, §183.

³⁵² O direito à identidade é o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade. Nesse sentido, “está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, sustentadas ambas em uma experiência histórica e biológica, bem como na forma em que este indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social”. Ver: OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguai, 2011, §122; OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Contreras e outros vs. El Salvador, 2011, §113.

³⁵³ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Fornerón e Filha vs. Argentina, 2012, §123.

Além disso, crianças e adolescentes que tiveram contato direto com o delito praticado por seus pais demandam um acompanhamento psicológico específico. A necessidade deriva tanto dos efeitos traumáticos da experiência, quanto da importância de prevenir-se riscos emocionais e comportamentais³⁵⁴.

Nesse sentido, os Estados são instados a: a) fornecer tratamento e reabilitação adequados para adolescentes com transtornos mentais; b) garantir que as crianças possam ter acesso a áreas ao ar livre da prisão e ao mundo exterior com acompanhamento adequado e frequentar creches; c) que as crianças tenham o maior contato possível com suas mães, para que o vínculo entre mãe-filho possa ser desenvolvido corretamente; d) garantir que a criança tenha contato e vínculo com o seu pai ou familiares próximos; e) Restaurar e sustentar a função parental, envolvendo, da melhor forma possível, dos seus direitos e responsabilidades frente à criança.

iii. Segurança como proteção efetiva contra qualquer tipo de abuso, exploração ou forma de violência

De acordo com os instrumentos jurídicos pertinentes, os Estados devem tomar medidas eficazes para garantir que as crianças sejam protegidas de todas as formas de violência, abuso, negligência e exploração, levando em conta, ainda, os riscos inerentes à cada faixa etária e aos grupos especialmente vulneráveis, como as crianças com deficiência.

Assim sendo, os Estados devem assegurar: a) que a estrutura prisional não seja um cenário no qual as crianças possam ser objeto de violência, exploração ou abuso; b) o treinamento e monitoramento do pessoal responsável pelo acompanhamento das crianças; c) que as estruturas penitenciárias incluam programas de educação que estimulem formas não violentas de resolução de conflitos, e restrinjam o acesso ao álcool e às drogas.

Por fim, os Estados têm a obrigação de adotar as medidas necessárias para garantir que os sistemas prisionais cumpram as balizas correspondentes com as necessidades diferenciadas das crianças, em consonância com a obrigação literal do art. 2 da Convenção Sobre o Direitos das Crianças.

³⁵⁴ MONASTERO, Leda Fleury. Mães em situação de encarceramento e a relação com seus familiares: um estudo em unidades prisionais na cidade de São Paulo. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 165.

IX. Conclusão

Com base no quanto tratado até aqui, resta explicitada a necessidade de utilização dos enfoques diferenciados no tratamento das pessoas privadas de liberdade pertencentes aos grupos identificados pela CIDH e por esta equipe redatora. Assim, será possível cumprir o mandamento da igualdade perante à lei para a proteção daqueles juridicamente mais vulneráveis e para a realização da justiça.

O cumprimento de tal mandamento torna-se ainda mais urgente no contexto de seletividade penal e necropolítica vivenciado no continente americano, no âmbito do qual a norma aparentemente neutra e abstrata é aplicada de maneira a perpetuar a discriminação contra grupos de sujeitos historicamente marginalizados. Contexto este que se torna ainda mais urgente na situação da pandemia de COVID-19, que acentuou as desigualdades no continente e agravou ainda mais a situação no cárcere.

As prisões nas américas ainda estão associadas a violações sistemáticas dos Direitos Humanos, a superlotação e a precariedade na infraestrutura são as marcas de um sistema punitivo fadado ao insucesso no cumprimento do objetivo de reinserção social do indivíduo infrator.

Nada obstante, constituindo parte da estrutura estatal, as prisões também estão imbuídas nas discriminações estruturais que permeiam o Estado e a sociedade. De tal maneira, as discriminações que acometem os grupos identificados nesta solicitação dão a tônica ao tratamento dispensado a estes indivíduos no cárcere. A construção de um marco jurisprudencial em matéria de enfoques diferenciados às pessoas privadas de liberdade, deve, então, pautar-se nesta premissa.

Diante de todo o exposto, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia submete estas observações ao crivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos para contribuir com a construção do referido marco jurisprudencial, ao tempo que reafirma o seu compromisso na defesa dos direitos humanos na Bahia e no Brasil.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

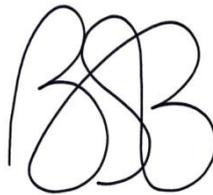
Assinam as presentes observações:

Equipe redatora:

Bruna Rafaela de Santana Santos

Bruna Rafaela de Santana Santos

Presidenta da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Bruno Simões Biscaia

Vice Presidente da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Marina Muniz Pinto de Carvalho Matos

Coordenadora Jurídica da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Christian Lopes Oliveira Alves

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Gabriel Santiago dos Santos Gonçalves

Gabriel Santiago dos Santos Gonçalves

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Faculdade de Direito

Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Matheus Ferreira Gois Fontes

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Mestrando em Direito Internacional – Graduate Institute



Thiago Silva Castro Vieira

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

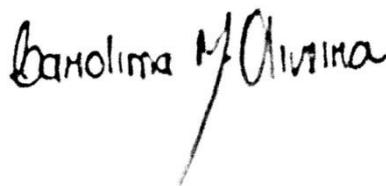
Equipe pesquisadora:



Bruna Matos da Silva

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Mestranda em Relações Internacionais – Universidade Federal da Bahia



Carolina Muniz de Oliveira

Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Gabriel Maciel Queiroga

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestrando em Direito Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Giovanna de Abreu Cerqueira

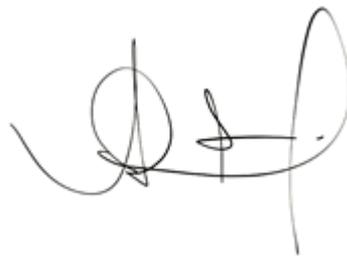
Membro da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Equipe revisora:



Adriana Moura Mattos da Silva

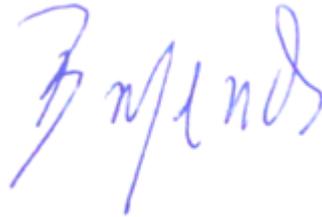
Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela FGV-EASP, Brasil



Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian

Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito Internacional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professora de Direito – Universidade Presbiteriana Mackenzie

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



Beatriz Mendes Niyama

Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestranda em Direito Internacional – Universidade de São Paulo



Celso de Oliveira Santos

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito Internacional e Comparado – Universidade de São Paulo



Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro

Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito Internacional – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professora de Direito – Universidade Federal de Uberlândia



Gabriel Antonio Silveira Mantelli

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito e Desenvolvimento - Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP)

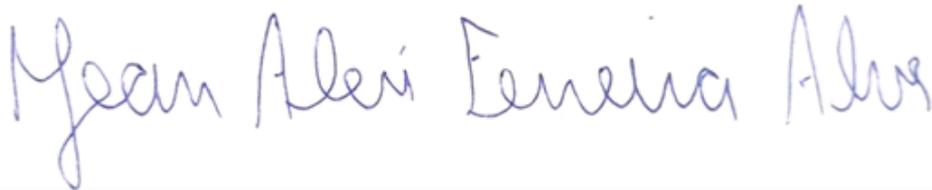
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia

Professor de Direito – Universidade São Judas Tadeu



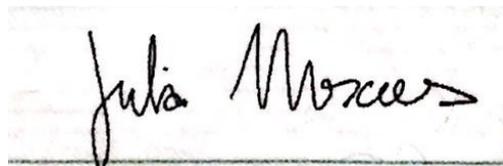
Ivonei Souza Andrade

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Professor de Direito – A Pari MUN- Instituto de Investigación y Debate en Derecho (Nuevo
Chimbote, Peru)



Jean Alessi Ferreira Alves

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestrando em Direito Internacional – Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Julia de Moraes Almeida

Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestranda em Criminologia – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luiz Eloy Terena', is centered within a light gray rectangular box. The signature is fluid and cursive, with a prominent initial 'L' and a long, sweeping tail.

Luiz Eloy Terena

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Advogado - Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
Pós-Doutor - École des Hautes Études en Sciences Sociales

Renan Honorio Quinalha

Colaborador da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Relação Internacionais - Universidade de São Paulo
Professor de Direito – Universidade Federal de São Paulo

Vanessa Figueiredo Lima

Colaboradora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia
Mestre em Saúde Pública – Fundação Oswaldo Cruz FIOCRUZ