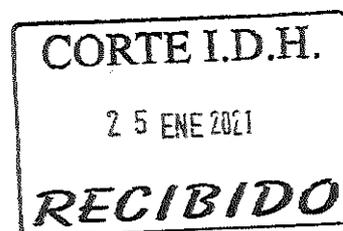




CLÍNICA INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
NÚCLEO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS



À Corte Interamericana de Direitos Humanos

Assunto: Manifestação da Clínica Interamericana de Direitos Humanos do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, como *amicus curiae* na solicitação de Opinião Consultiva acerca dos “*Enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas da liberdade*”.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2021.

SUMÁRIO

PARTE 1 – FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	1
1. ASPECTOS GERAIS.....	1
2. A CADH COMO UMA CONSTITUIÇÃO INTERAMERICANA.....	6
3. A CIDH COMO MINISTÉRIO PÚBLICO TRANSNACIONAL.....	8
4. A CORTE IDH COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	12
5. DO ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL AO ESTADO CONVENCIONAL DE DIREITO.....	15
PARTE II – RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS.....	18
6. GRUPOS VULNERÁVEIS PRIVADOS DE LIBERDADE E MEDIDAS/OBRIGAÇÕES DIFERENCIADAS PELOS ESTADOS.....	18
7. MULHERES GESTANTES, LACTANTES E COM FILHOS NA PRIMEIRA INFÂNCIA PRIVADAS DA LIBERDADE: PARÂMETROS E OBRIGAÇÕES DO ESTADO QUANTO ÀS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE GÊNERO.....	26
A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS EM MATÉRIA DE ALIMENTAÇÃO, VESTUÁRIO E ACESSO A ASSISTÊNCIA MÉDICA E PSICOLÓGICA DAS MULHERES GRÁVIDAS, EM PÓS-PARTO E LACTANTES PRIVADAS DA LIBERDADE?.....	26
B) QUE CONDIÇÕES MÍNIMAS O ESTADO DEVE GARANTIR DURANTE O TRABALHO DE PARTO E DURANTE O PARTO?.....	32
C) QUE MEDIDAS DE SEGURANÇA O ESTADO PODE ADOTAR AO EFETUAR A TRANSFERÊNCIA DE MULHERES GRÁVIDAS, A FIM DE QUE SEJAM COMPATÍVEIS COM SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS?.....	36
D) QUAL O ALCANCE DO DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO, NO CONTEXTO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE, DAS MULHERES GRÁVIDAS, EM PÓS-PARTO E LACTANTES, A RESPEITO DA INFORMAÇÃO RELATIVA A SUA CONDIÇÃO ESPECIAL?.....	39
E) NOS CASOS DE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE COM FILHOS OU FILHAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA QUE SE ENCONTRAM FORA DO ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO, QUE MEDIDAS ESPECÍFICAS DEVEM SER ADOTADAS PELOS ESTADOS A FIM DE ASSEGURAR QUE MÃE E FILHO OU FILHA MANTENHAM UM VÍNCULO ESTREITO COMPATÍVEL COM SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS?.....	43
8. PESSOAS LGBT PRIVADAS DE LIBERDADE: PARÂMETROS PARA PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO	47
A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS COMPETEM AOS ESTADOS PARA GARANTIR QUE AS PESSOAS LGBT GOZEM DE CONDIÇÕES DE DETENÇÃO QUE SEJAM ADEQUADAS, ATENDENDO A SUAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES?.....	47
B) COMO DEVEM OS ESTADOS LEVAR EM CONTA A IDENTIDADE DE GÊNERO COM A QUAL SE IDENTIFICA A PESSOA NO MOMENTO DE DETERMINAR A UNIDADE EM QUE DEVE INGRESSAR?.....	49

C) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS PARA PREVENIR TODO ATO DE VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS LGBT PRIVADAS DA LIBERDADE QUE NÃO IMPLIQUEM SEGREGAÇÃO DO RESTANTE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA?	55
D) QUAIS AS OBRIGAÇÕES ESPECIAIS DOS ESTADOS QUANTO ÀS NECESSIDADES MÉDICAS ESPECIAIS DE PESSOAS TRANS PRIVADAS DA LIBERDADE E, ESPECIFICAMENTE, SE FOR O CASO, A RESPEITO DAQUELAS QUE QUEIRAM INICIAR OU CONTINUAR SEU PROCESSO DE TRANSIÇÃO?	61
E) QUE MEDIDAS ESPECIAIS OS ESTADOS DEVEM ADOTAR PARA ASSEGURAR O DIREITO À REALIZAÇÃO DE VISITAS ÍNTIMAS DE PESSOAS LGBT?.....	63
F) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS EM MATÉRIA DE REGISTRO DOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS PRIVADAS DA LIBERDADE LGBT?.....	65
9. POVOS ORIGINÁRIOS PRIVADOS DE LIBERDADE	67
A) QUAIS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS COMPETEM AOS ESTADOS PARA GARANTIR QUE AS PESSOAS INDÍGENAS USUFRUAM DE CONDIÇÕES DE DETENÇÃO QUE SEJAM ADEQUADAS AS SUAS ORIGENS ÉTNICAS, BEM COMO AS SUAS CULTURAS, TRADIÇÕES, RELIGIÕES, IDIOMAS E COSMOVISÕES?.....	81
B) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS O ESTADO DEVE ASSUMIR PARA ASSEGURAR QUE AS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERDADE PRESERVEM COSTUMES, RITUAIS E SUA ALIMENTAÇÃO TRADICIONAL?	83
C) QUAIS OS DEVERES DO ESTADO EM RELAÇÃO À ATENÇÃO MÉDICA DAS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DA LIBERDADE, EM ESPECIAL SOBRE SUAS PRÁTICAS MEDICINAIS E MEDICAMENTOS TRADICIONAIS?.....	84
D) QUE MEDIDAS ESPECIAIS OS ESTADOS DEVEM ADOTAR PARA FACILITAR AOS INDÍGENAS PRIVADOS DE LIBERDADE O CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR? COMO DECORRÊNCIA, QUAIS AS ATIVIDADES OU PROGRAMAS DESENVOLVIDOS NO ÂMBITO CARCERÁRIO E NAS AUDIÊNCIAS DISCIPLINARES QUE ATENDEM ÀS PARTICULARIDADES CULTURAIS E LINGÜÍSTICAS DAS PESSOAS INDÍGENAS?.....	84
E) QUE OBRIGAÇÕES CABEM AO ESTADO PARA A PREVENÇÃO DE TODO ATO DE VIOLÊNCIA A RESPEITO DAS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DA LIBERDADE?.....	86
F) QUAL A REPERCUSSÃO DO ENCARCERAMENTO NO ÂMBITO COMUNITÁRIO DA PESSOA INDÍGENA PRIVADA DE LIBERDADE?	87
10. PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DE LIBERDADE.....	88
A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS PARA ASSEGURAR O DIREITO À ACESSIBILIDADE E À MOBILIDADE PESSOAL NOS CENTROS DE DETENÇÃO, POR PARTE DAS PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DE LIBERDADE?	88

B) QUAIS AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM MATÉRIA DE ATENÇÃO MÉDICA E PSICOLÓGICA A PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DA LIBERDADE? EM ESPECIAL, QUE DEVERES COMPETEM AO ESTADO A RESPEITO DOS CUIDADOS PALIATIVOS QUE ESSAS PESSOAS POSSAM NECESSITAR?...	91
C) QUE MEDIDAS OS ESTADOS DEVEM ADOTAR PARA ASSEGURAR QUE AS PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DA LIBERDADE TENHAM CONTATO EXTERIOR COM A FAMÍLIA?	94
D) QUAIS OS DEVERES ESPECÍFICOS DOS ESTADOS PARA GARANTIR A ESSAS PESSOAS SUA PLENA REINserÇÃO SOCIAL?	97
11. CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM SUAS MÃES	102
A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA ASSEGURAR O DIREITO À VIDA FAMILIAR DA CRIANÇA, INCLUSIVE O RESPEITO AO CONTATO COM O OUTRO PROGENITOR?	102
B) QUE OBRIGAÇÕES TEM O ESTADO EM MATÉRIA DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE E À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM AS MÃES?	110
C) QUAIS OS DEVERES DO ESTADO PARA ASSEGURAR UM DESENVOLVIMENTO ADEQUADO DAS CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM AS MÃES, INCLUSIVE O RELACIONADO À INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA, À SOCIALIZAÇÃO, À EDUCAÇÃO E À RECREAÇÃO?	112
12. AMEFRICANOS PRIVADOS DE LIBERDADE E A (IN)JUSTIÇA RACIAL INTERAMERICANA: AS PERGUNTAS NÃO FEITAS E A SUA NECESSIDADE	117
A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA GARANTIR O ACESSO À ASSISTÊNCIA RELIGIOSA DE MATRIZ AFRICANA NOS PRESÍDIOS?	120
B) SABENDO QUE OS APENADOS NEGROS TÊM UM TRATAMENTO DESIGUAL QUANDO COMPARADO AOS BRANCOS DENTRO DO SISTEMA JUDICIÁRIO, QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA GARANTIR QUE A PROGRESSÃO DE PENA E OS PEDIDOS DE LIBERDADE CONDICIONAL SEJAM IGUALMENTE DEFERIDOS PARA PESSOAS NEGRAS PRIVADAS DE LIBERDADE?	125
C) QUE MEDIDAS DEVEM OS ESTADOS ADOTAR PARA EVITAR REVISTAS VEXATÓRIAS DE FAMILIARES DE PESSOAS NEGRAS PRIVADAS DE LIBERDADE, OCASIONANDO A DIMINUIÇÃO DAS VISITAS E CONSEQUENTEMENTE AUMENTANDO O ISOLAMENTO DO PRESO? .	129
D) QUE MEDIDAS OS ESTADOS DEVEM ADOTAR PARA PREVENIR E TRATAR AS PESSOAS NEGRAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE QUE ESTÃO COM PROBLEMAS PSICOLÓGICOS, COMO DEPRESSÃO E ANSIEDADE, OCASIONADOS PELAS CONDIÇÕES DESUMANAS DAS UNIDADES PRISIONAIS EM CONJUNTO COM O RACISMO INSTITUCIONAL?.....	132

E) QUAIS MEDIDAS A CIDH E A CORTE IDH TÊM ADOTADO NO MONITORAMENTO DOS CASOS EM RELAÇÃO ÀS QUESTÕES ANTERIORES?	136
13. APONTAMENTOS FINAIS.....	141

PARTE 1 – FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1. ASPECTOS GERAIS

1. A **Clínica Interamericana de Direitos Humanos** é um projeto de extensão integrante do **Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (NIDH/UFRJ)**, localizado na rua Moncorvo Filho, 8, Centro, Rio de Janeiro/RJ, 20211-340, Brasil¹.

2. O presente memorial foi desenvolvido em conjunto por seus membros discentes e docentes e colaboradores externos, que subscrevem ao final deste documento na qualidade de *amicus curiae*, em conformidade com o art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“CADH”) e com o art. 44 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dirigindo-se respeitosamente a esta Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH”).

3. A Clínica Interamericana de Direitos Humanos procurará responder aos questionamentos – seguindo a mesma ordem da solicitação da opinião consultiva realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – feitos para a Corte IDH sobre os parâmetros para proteção dos grupos vulneráveis privados de liberdade.

4. Para tanto, porém, o presente memorial está dividido em duas partes:

(i) **Parte I – Fundamentos teóricos:** (1) a CADH como uma Constituição Interamericana; (2) a CIDH como Ministério Público transnacional; (3) a Corte IDH como um Tribunal Constitucional Transnacional com a função de defesa e guarda da CADH, das regras do jogo democrático e dos grupos vulneráveis; e (4) do Estado de Coisas Inconvencional ao Estado Convencional de Direito;

(ii) **Parte II – Respostas às perguntas:** (6) os grupos vulneráveis privados de liberdade; (7) mulheres privadas de liberdade grávidas, em pós-parto e lactantes; (8) pessoas LGBT privadas de liberdade; (9) pessoas indígenas privadas de liberdade; (10) pessoas idosas privadas de liberdade; (11) crianças que vivem em centros de detenção com as suas mães; (12) afrodescendentes privados de liberdade: as perguntas não levantadas.

5. O memorial conjugará fontes e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH”) com outras fontes internacionais, além das normas e práticas do

¹ Para mais detalhes sobre a atuação da Clínica Interamericana de Direitos Humanos e do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ. Disponível em: <https://nidh.com.br/category/clinica-idh/>. Acesso 12 jan. 2021.

Estado brasileiro. Nosso objetivo é traçar um panorama do que o SIDH tem produzido sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade até o momento e fornecer insumos para que a Corte desenvolva novos parâmetros específicos para os grupos minoritários objetos da presente solicitação de opinião consultiva. Para isso, descrevemos algumas fontes e decisões de outros sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, sobretudo o Sistema Universal/Onusiano, e também apresentamos os desafios da realidade brasileira, assim como boas práticas desenvolvidas em nosso país.

6. Essa reflexão, considerando a coordenação e harmonização entre os sistemas universal, regional e nacional, será importante para enfrentar as questões formuladas por ocasião da solicitação de Opinião Consultiva à Corte IDH. São elas:

A. Gerais

1. No que se refere à proteção dos direitos de pessoas em especial situação de vulnerabilidade, como mulheres grávidas, em pós-parto e lactantes; pessoas LGBT; pessoas indígenas; pessoas idosas; e crianças que vivem em centros de detenção com as mães, é possível justificar nos artigos 24 e 1.1 da Convenção a necessidade da adoção de medidas ou enfoques diferenciados para garantir que suas circunstâncias específicas não afetem a igualdade de condições com as demais pessoas privadas da liberdade, tanto no que diz respeito a suas condições de detenção como em relação aos recursos que sejam interpostos para proteger seus direitos no contexto da privação da liberdade? Em caso positivo, que implicações concretas reveste o conteúdo dos direitos envolvidos nesses artigos no alcance das obrigações correlatas que cabem aos Estados na matéria?

B. Sobre as mulheres privadas da liberdade grávidas, em pós-parto e lactantes

À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros instrumentos interamericanos aplicáveis, que obrigações específicas cabem aos Estados para garantir que as mulheres grávidas, em pós-parto e lactantes privadas de liberdade gozem de condições de detenção que sejam adequadas, atendendo a suas circunstâncias peculiares? Em especial:

1. Que obrigações específicas cabem aos Estados em matéria de alimentação, vestimenta e acesso a assistência médica e psicológica?
2. Que condições mínimas o Estado deve garantir durante o trabalho de parto e durante o parto?
3. Que medidas de segurança o Estado pode adotar ao efetuar a transferência de mulheres grávidas, a fim de que sejam compatíveis com suas necessidades especiais?

4. Qual o alcance do direito ao acesso à informação, no contexto de privação de liberdade, das mulheres grávidas, em pós-parto e lactantes, a respeito da informação relativa a sua condição especial?

Nos casos de mulheres privadas da liberdade com filhos ou filhas na primeira infância que se encontram fora do estabelecimento carcerário, que medidas específicas devem ser adotadas pelos Estados a fim de assegurar que mãe e filho ou filha mantenham um vínculo estreito compatível com suas necessidades especiais?

C. Sobre as pessoas LGBT

À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros instrumentos interamericanos aplicáveis,

Que obrigações específicas competem aos Estados para garantir que as pessoas LGBT gozem de condições de detenção que sejam adequadas, atendendo a suas circunstâncias peculiares? Em particular:

1. Como devem os Estados levar em conta a identidade de gênero com a qual se identifica a pessoa no momento de determinar a unidade em que deve ingressar?
2. Que obrigações específicas cabem aos Estados para prevenir todo ato de violência contra pessoas LGBT privadas de liberdade que não impliquem segregação do restante da população carcerária?
3. Quais as obrigações especiais dos Estados quanto às necessidades médicas especiais das pessoas trans privadas de liberdade e, especificamente, se for o caso, a respeito daquelas que queiram iniciar ou continuar seu processo de transição?
4. Que medidas especiais os Estados devem adotar para assegurar o direito à realização de visitas íntimas de pessoas LGBT?
5. Que obrigações específicas cabem aos Estados em matéria de registro dos diferentes tipos de violência contra pessoas privadas de liberdade LGBT?

D. Sobre as pessoas indígenas

À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 12, 13 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de outros instrumentos interamericanos aplicáveis,

Que obrigações específicas competem aos Estados para garantir que as pessoas indígenas usufruam de condições de detenção que sejam adequadas atendendo a suas circunstâncias peculiares? Em particular:

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

2. Quais os deveres do Estado em relação à atenção médica das pessoas indígenas privadas da liberdade, em especial sobre suas práticas medicinais e medicamentos tradicionais?
3. Que medidas especiais os Estados terão de adotar em relação às atividades ou programas desenvolvidos no âmbito carcerário, bem como as audiências disciplinares, atendendo às particularidades culturais e linguísticas das pessoas indígenas?
4. Que obrigações particulares cabem aos Estados para a prevenção de todo ato de violência a respeito das pessoas indígenas privadas da liberdade?

E. Sobre as pessoas idosas

À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, das disposições da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos e de outros instrumentos interamericanos aplicáveis,

Que obrigações específicas cabem aos Estados para garantir que as pessoas idosas disponham de condições de detenção que sejam adequadas, atendendo a suas circunstâncias peculiares? Em particular:

1. Que obrigações específicas cabem aos Estados para assegurar o direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal nos centros de detenção, por parte das pessoas idosas privadas de liberdade?
2. Quais as obrigações estatais em matéria de atenção médica e psicológica a pessoas idosas privadas da liberdade? Em especial, que deveres competem ao Estado a respeito dos cuidados paliativos que essas pessoas possam necessitar?
3. Que medidas os Estados devem adotar para assegurar que as pessoas idosas privadas da liberdade tenham contato exterior com a família?
4. Quais os deveres específicos dos Estados para garantir a essas pessoas sua plena reinserção social?

F. Sobre crianças que vivem em centros de detenção com as mães

À luz dos artigos 1.1, 4.1, 5, 17.1, 19 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de outros instrumentos interamericanos aplicáveis e do interesse superior da infância,

Que obrigações específicas cabem aos Estados para garantir os direitos das crianças que vivem com as mães na prisão, atendendo a suas circunstâncias peculiares? Em particular:

1. Que obrigações específicas os Estados devem assumir para assegurar o direito à vida familiar da criança, inclusive o respeito ao contato com o outro pai?
2. Que obrigações tem o Estado em matéria de acesso ao direito à saúde e à alimentação de crianças que vivem em centros de detenção com as mães?

3. Quais os deveres do Estado para assegurar um desenvolvimento adequado das crianças que vivem em centros de detenção com suas mães, inclusive o relacionado à integração comunitária, à socialização, à educação e à recreação?

2. A CADH COMO UMA CONSTITUIÇÃO INTERAMERICANA

7. A CADH é concebida, pela jurisprudência da Corte IDH, como material controlante², *corpus juris* interamericano, bloco de convencionalidade, Constituição supranacional dos direitos humanos³, *ius constitutionale commune*⁴, uma Constituição interamericana⁵ ou simplesmente instrumento vivo, dinâmico e evolutivo, que é parâmetro de validade para legislação e atuação do Estado. É o que pode ser constatado, por exemplo, nos casos Villagrán Morales vs. Guatemala (1999), Pueblo Bello vs. Colômbia (2006), Ituango vs. Colômbia (2006) e Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010).

8. Na prática, a CADH opera de modo muito semelhante a uma Constituição, desfrutando do que Eduardo Ferrer Mac-Gregor denominou de “Supremacia Convencional”, que projeta normas superiores – em especial, as de *jus cogens* – que servem de parâmetro de validade às demais. Cabe o paralelismo com uma Constituição, especialmente se concebermos essa Constituição como costumeira, forjada pela prática reiterada em exigir seu cumprimento e pela *opinio juris* de sua vinculação, cujo descumprimento enseja responsabilidade internacional aos que a assinaram. Superando a batalha terminológica relacionada ao processo de constitucionalização da CADH, o essencial é concebê-la como uma espécie de “atracadouro de fontes do direito internacional” ou espinha dorsal responsável por entrelaçar costumes, princípios e tratados de direitos humanos, como propõe Siddharta Legale⁶.

9. Note-se, ainda, outra função típica das Constituições: os demais tratados de direitos humanos devem ser interpretados a partir da normatividade da CADH. Em outras palavras, não só os costumes atacam na CADH, como também outros tratados. O direito à vida e o direito à integridade física, previstos nos arts. 4 e 5 da CADH, foram complementados pelo art. 17 do Protocolo II das Convenções de Genebra de 1949, que proíbe deslocamento

² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em 12 jan. 2021.

³ Ver voto concorrente do então juiz ad hoc Roberto Caldas no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (2010).

⁴ Trata-se de um conceito desenvolvido por conta da cooperação entre o Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e especialistas latino-americanos, que atenta principalmente para a relação entre o bloco de constitucionalidade, um constitucionalismo latino-americano e a relação entre a Corte IDH e as Cortes Constitucionais. Cf. BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale commune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, n.º 269, 2015, p. 13-66.

⁵ LEGALE, Siddharta. *La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: OEA. (Org.). *Curso de Direito Internacional XLVI*. 1ed. Rio de Janeiro: OEA, 2019, v. 1, p. 121-171.

⁶ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, capítulo 2.

forçado de pessoas, notadamente no caso Mapiripán e Ituango vs. Colômbia (2006). A proibição da escravidão, prevista no art. 6 da CADH, foi complementada e mais bem definida no caso Ituango vs. Colômbia (2006). Variados direitos da criança, previstos no art. 19 da CADH, foram complementados com a Convenção de Direitos da Criança de 1989, como destacou o caso Mapiripán vs. Colômbia (2005). As garantias judiciais, previstas no art. 8 da CADH, passaram a incluir também o direito à assistência consular, previsto no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, como um elemento imprescindível do próprio devido processo legal para que o processo esteja de acordo com os direitos humanos, na linha do que se decidiu no caso Castillo Petruzzi vs. Peru (1999).

10. Portanto, os direitos inerentes ao ser humano e ao sistema representativo de governo devem ser interpretados, como as normas de interpretação da própria CADH determinam, por meio de propostas que promovam o desenvolvimento progressivo (art. 26)⁷, localizem as normas mais favoráveis ao indivíduo como demanda o princípio *pro persona* (art. 29 da CADH)⁸, restrinjam direitos apenas de acordo com a lei e em conformidade com a finalidade da CADH (art. 30 da CADH) e incluam outros direitos, na proteção, não previstos na CADH (art. 31, 76 e 77 da CADH). A CADH, portanto, prevê suas normas interpretativas para evitar que a sua normatividade se deteriore.

11. A Declaração de Direitos e Deveres do Homem (“DADDH”) também aporta na CADH, adquirindo força obrigatória que originalmente não possuía, como, inclusive, reconheceu a Corte IDH na Opinião Consultiva n.º 10 de 1989⁹. A Convenção Democrática Interamericana (“CDI”) de 2001 também se amalgama à CADH, reforçando reciprocamente a proteção dos direitos políticos, bem como a concepção interamericana de Direitos Humanos.

⁷ DESCHAMPS, Luiza. Comentários ao artigo 26 – desenvolvimento progressivo. In: LEGALE, Siddharta; VASCONCELOS, Raphael; VAL, Eduardo Manuel; GUERRA, Sidney (Orgs). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Curitiba: Instituto Memória 2019, p. 231 e ss.

⁸ CERQUEIRA, Cláudio. *Pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte IDH*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019.

3. A CIDH COMO MINISTÉRIO PÚBLICO TRANSNACIONAL

12. A Corte IDH reconhece, desde o assunto Viviana Gallardo e outras (1981), que o procedimento perante a CIDH não pode ser dispensado pelo Estado. Em voto separado, Rodolfo Piza Escalante defendeu que a CIDH atua como uma espécie de Ministério Público, auxiliando a Corte IDH como instrumento indispensável para proteção dos Direitos Humanos.⁹

13. No Brasil, o professor e ex-presidente da Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade, defendeu sistematicamente que se pusesse fim à ambiguidade da função da CIDH como parte que ela não é, transformando-a em guardiã da CADH. A isso denominou de “jurisdicionalização do mecanismo de controle”. Argumentou que (i) os indivíduos já possuem o *locus standi in judicio* de poderem falar diretamente na Corte IDH depois que o caso é levado; (ii) esse direito das vítimas integra o devido processo legal, visto que essas são as verdadeiras demandantes e, para os internacionalistas, são sujeito de direito internacional; (iii) a garantia da igualdade processual é fundamental; (iv) na prática, essa ambiguidade faz com que a CIDH assuma a função adicional de intermediária entre os indivíduos e a Corte IDH; (v) a prática revela insuficiências e deficiências desse mecanismo paternalista¹⁰.

14. Antônio Celso Alves, no mesmo sentido, defendeu que fosse conferido acesso direto ao indivíduo e que a CIDH passasse a funcionar como uma espécie de Ministério Público, deixando de funcionar como parte do procedimento contencioso no SIDH¹¹.

15. O professor Siddharta Legale analisou em mais detalhes tema e as posições dos professores¹².

⁹ Trecho do voto: “22. La Convención, en efecto, además de otorgar a la Comisión la legitimación activa para presentar casos ante la Corte, así como para someterle consultas y de atribuirle en el proceso una clara función auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano, llamado a comparecer en todos los casos ante el tribunal (artículo 57 de la Convención), le confiere otras atribuciones vinculadas con las funciones que corresponden a esta Corte, y que por su naturaleza se cumplen antes de que ella comience a conocer de un asunto determinado. Así, entre otras, la Comisión tiene una función investigadora de los hechos denunciados como violación de los derechos humanos consagrados en la Convención, que es necesario cumplir en todas las hipótesis, a menos que se trate de un caso de mero derecho.”

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos* vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 99.

¹¹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney (Org.). *Temas emergentes de direitos humanos*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de direito de Campos, 2006.

¹² LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, capítulo 2.

16. Flávia Piovesan também defende “a amplificação dos espaços de participação da sociedade civil no sistema interamericano, conferindo acesso direto a indivíduos, grupo de indivíduos e ONGs à Corte Interamericana.”¹³.

17. Camila Koch defende a necessidade de uma reforma profunda nesse sentido, mas é contrária à extinção da CIDH, sob o argumento de que o litígio estratégico com ONGs e algum grau de politização dos critérios de seleção e filtro dos casos é necessário ao sistema de petições e casos do SIDH¹⁴.

18. Nesse item, não é necessário enfrentar as polêmicas relativas à necessidade de reformar a CADH. Com ou sem o acesso direto dos indivíduos à Corte IDH, com ou sem a reforma da CADH para transformar a CIDH exclusivamente em um Ministério Público transnacional, dedicando-se apenas à fiscalização do cumprimento das decisões e da aplicação da CADH, o desempenho das funções atuais já permite considerar a CIDH um Ministério Público transnacional¹⁵, ainda que com características ambíguas.

19. O ponto principal dessa leitura da CIDH como um Ministério Público ou *Defensoria del Pueblo*, segundo o prof. Siddharta Legale, é a sua função de realizar a tutela coletiva dos direitos dos peticionários a serem protegidos, como os direitos humanos das crianças, pessoas idosas, pessoas com deficiência, mulheres, povos originários, afrodescendentes, líderes sindicais e estudantis, jornalistas, trabalhadores escravizados, moradores de regiões empobrecidas que sofrem com a violência policial, pessoas privadas de liberdade e, ainda, servidores públicos.

20. Depreende-se que a CIDH possui um acervo decisório vasto dedicado essencialmente à proteção dos grupos vulneráveis, o que poderia ser enxergado como um exercício da tutela coletiva ou transindividual de direitos no plano interamericano. Essa função encontra um paralelo importante no exercício da tutela coletiva por parte do Ministério Público brasileiro ou, ainda, no que no restante da América latina costuma ser realizado pelas *Defensorias del Pueblo*.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.144.

¹⁴ KOCH, Camila de Oliveira. *Crítérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Arras editores, 2017, p. 137.

¹⁵ Defendendo essa posição, conferir a Dissertação orientada em conjunto pelos professores Siddharta Legale e Eduardo Manuel Val: ARAÚJO, David Pereira de. *O Bloco de Constitucionalidade no Novo Constitucionalismo Sul-Americano: uma chave para entrar na sala de máquinas?* Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2019, p. 17.

21. Portanto, goste-se ou não, os dados empíricos revelam que a CIDH já atua de forma semelhante ao Ministério Público¹⁶. Pode-se compreendê-la como uma espécie de Ministério Público transnacional, como já ressoava desde o assunto Viviana Gallardo a intuição do magistrado Rodolfo Piza Escalante. Esse caráter da CIDH fica ainda mais evidente quando da análise de casos paradigmáticos que nem sequer chegaram a ser apreciados pela jurisdição contenciosa da Corte IDH, o que envolveu o presídio Carandiru, no Brasil¹⁷.

22. O episódio no Presídio do Carandiru ocorreu durante a repressão de um motim no presídio, que culminou com a morte de 111 prisioneiros. Dentre eles, 84 pessoas sequer haviam sido processadas ou condenadas. Além disso, várias outras pessoas sofreram lesões graves por conta da violência empregada pela polícia para conter a manifestação. Os peticionários apontaram falhas graves no processo de apuração dos fatos e punição dos responsáveis pelo massacre. Alegaram que o Estado brasileiro além de não ter processado e punido os responsáveis pelo crime, ainda premiou e promoveu os oficiais que participaram da matança.

23. No dia que ficou conhecido como “Massacre do Carandiru”, os policiais já haviam tomado em grande parte o controle do presídio. Vários presos haviam-se rendido e jogado suas armas, que eram de fabricação caseira, no pavilhão. Segundo as investigações, não havia nenhuma arma de fogo que justificasse o uso da violência empregada pelos policiais, que ao entrarem dentro do presídio, deram início a uma execução sistemática de presos, que estavam sem roupa e com as mãos levantadas para cima. A CIDH reconheceu que as ações do Estado não se enquadravam em qualquer hipótese de legítima defesa e destacou que dentro dos lamentáveis casos de massacres levados ao seu conhecimento, poucos foram tão selvagens e brutais quanto o ocorrido naquele dia no Carandiru.

24. Em que pesem as investigações e os processos promovidos pelo estado para apurar os fatos e punir os culpados, a CIDH constatou que nenhuma pessoa havia sido responsabilizada individualmente pelo massacre, até a presente data. Apesar de ter reconhecido que houve “excessos” na ação, os órgãos oficiais do Estado de São Paulo consideraram, de uma forma geral, a ação dos policiais “previsível” frente à ação violenta dos detentos. Segundo nota emitida pelo Comandante da Polícia Militar do Estado, a operação foi “perfeita” e não haveria nada de incorreto a se apurar. Nesse sentido, a CIDH

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. E-book, Kindle, Rio de Janeiro: NIDH, 2020.

¹⁷ *Ibidem*. p. 425 e ss.

entendeu que esse resultado se deu em virtude da ação dos policiais destinada a destruir provas, mascarar as evidências e tentar exonerar os culpados de suas responsabilidades.

25. O Relatório de mérito 34 de 13 de maio 2000 da CIDH gerou um profundo debate público no Brasil. O caso não foi levado para a Corte IDH, provavelmente, porque os fatos do caso aconteceram antes do aceite por parte do Brasil da jurisdição contenciosa da Corte IDH, em 1998, ainda que algumas violações se protraíam no tempo, sendo passíveis de investigação por violações ao acesso à justiça, nos termos do art. 8 e 25 da CADH.

26. O presídio chegou a ser desativado em 2002, durante o governo estadual de Geraldo Alckmin.^o Infelizmente, porém, 21 anos após o relatório da CIDH, não houve punição dos responsáveis pelo massacre¹⁸.

27. Apesar das limitações, o Relatório gerou um profundo impacto e debate público a respeito do tema. O caso tornou-se ainda mais notório com a publicação de um livro por parte de um dos médicos mais conhecidos do país, Drauzio Varella, em 1999, e um filme do consagrado Diretor Héctor Babenco, em 2003, abordando temas como a dependência de drogas, casamento LGBT, violência policial e a importância da prestação de serviços de prevenção e proteção da saúde para evitar doenças, como a AIDS¹⁹.

¹⁸ CAUSANILHAS, Tayara; GUERRA, Caio. Carandiru vs. Brasil (2000). In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41.

¹⁹ Cf. VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; OLIVEIRA, Rafael W. *Crítica – Carandiru*. Disponível: <https://www.planocritico.com/critica-carandiru/>. Acesso 12 jan. 2021.

4. A CORTE IDH COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

28. Nas origens remotas do instituto do controle de convencionalidade, encontra-se a Opinião Consultiva n.º 14 de 1994, em que a Corte IDH decidiu que tanto uma lei manifestamente contrária à CADH quanto a sua aplicação por agentes do Estado podem ensejar a responsabilidade internacional do Estado se afetarem Direitos Humanos. Nesse âmbito, a Corte IDH esclarece que as opiniões consultivas, previstas no art. 64 da CADH, têm como uma de suas funções verificar se determinadas leis internas são compatíveis com a CADH, enquanto os casos contenciosos têm como função apurar a responsabilidade internacional do Estado.

29. No âmbito contencioso, a Corte IDH, por diversas vezes, invalidou leis nacionais e reconheceu a responsabilidade internacional do Estado, especialmente em relação às leis de anistia. Restou decidido, a partir do famoso parágrafo 44 da sentença do caso Barrios Altos vs. Peru (2001), que as leis que violam a CADH “carecem de efeitos jurídicos”, algo inédito que apresentava parte substancial do conteúdo, embora não o nome, da teoria do controle de convencionalidade²⁰. A Corte IDH passou a realizar, com isso, o “controle de convencionalidade”, embora o termo só tenha sido criado pelo voto concorrente de Sergio García Ramírez em 2003 no caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003). Posteriormente, a primeira decisão da Corte IDH a empregar o termo foi o caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006), que reconheceu a Corte IDH como responsável pelo controle concentrado e os juízes nacionais pelo controle difuso de convencionalidade. Posteriormente, a Corte IDH reconhece que se trata de um dever de realizar o controle de convencionalidade de ofício, nos casos Trabalhadores Desligados do Congresso vs. Peru (2006), Gomes Lund vs. Brasil (2010)²¹ e Gelman vs. Uruguai (2011)²².

30. A linha de precedentes da Corte IDH chega ao ápice com o emblemático Cabrera García Montiel Flores vs. México (2010), que cria o termo “bloco de convencionalidade”

²⁰ VITÓRIA, Ângela; PÉGAS, Lucas. Barrios Altos vs. Peru (2001): as origens do controle de convencionalidade. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/>. Acesso em 12 jan. 2021.

²¹ CYRILLO DA SILVA, Carolina. La Condena de Brasil en el caso Gomes Lund vs. Brasil y el control de convencionalidad de la ley de amnistía en Brasil. *Revista da EDSM*, v. 2 n.º 3, 2016.

²² O tema tem sido objeto de inúmeras publicações dentro e fora do país. Não desejamos aprofundar o tema por esse motivo. Há uma excelente coletânea reunindo estudos de direito comparado sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica e ABDPC, 2013. Conferir também: GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade*. Nomos (Fortaleza), v. 32.2, p. 341-366, 2012.

para designar não só a CADH, mas também as interpretações desentranhadas dela pelas opiniões consultivas, sentenças e medidas provisionais. Em outras palavras, deve-se considerar não apenas o texto do dispositivo, mas também a interpretação realizada pela Corte IDH. É aqui que a tradicional jurisprudência da Corte IDH, que concebe a CADH como um *corpus juris* interamericano e instrumento vivo e as decisões em que ela é interpretada como coisa julgada interpretada, encontra-se com a linha de precedentes do controle de convencionalidade, consolidando uma nova gramática e discurso da Corte IDH como guardiã da CADH, à imagem de uma Corte Constitucional transnacional.

31. Nessa linha, é possível conceber a Corte IDH, conforme destaca Siddharta Legale, como um Tribunal Constitucional²³⁻²⁴. Em linhas gerais, isso significa a incumbência de realizar o controle concentrado de convencionalidade com as seguintes funções:

- (i) defesa e guarda dos direitos humanos, tendo como espinha dorsal a CADH, concebida como um instrumento vivo, na linha anterior do que já se afirmou anteriormente da CADH como um “atracadouro de fontes do direito internacional”;
- (ii) proteção de grupos vulneráveis que não raro não possuem voz nas instâncias majoritárias – ou quando encontram são objeto de golpes disfarçados – significa mais do que a proteção de certos grupos, significa a proteção de um sistema de direitos humanos fundamentais que respeita o pluralismo. A literatura constitucional mais contemporânea tem acentuado que a proteção de “minorias” é importante tarefa da jurisdição constitucional, tendo em vista que as instâncias majoritárias nem sempre são capazes de vocalizar reivindicações de tais grupos. O Poder Judiciário nacional, nessa leitura, pode servir tanto para destravar debates públicos obstruídos pelas maiorias ocasionais, quanto para proteger grupos vulneráveis que estão ausentes (ou sem uma presença significativa) no Legislativo e no Executivo.

32. Conceber a Corte IDH, portanto, como responsável tanto pela proteção da integridade das pessoas privadas de liberdade, quanto pela proteção de outros grupos vulneráveis coloca essa instância judicial internacional no patamar de um singular Tribunal Constitucional na acepção contemporânea do termo Corte Constitucional.

33. Os órgãos do SIDH têm o dever de realizar um controle de convencionalidade concentrado, enquanto o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) têm o dever de realizar um controle de convencionalidade difuso tanto destrutivo – de leis que violem a

²³ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁴ A respeito, vale conferir o clássico ELY, John Hart. *Democracia de desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Entre nós, cf. APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

referida Constituição Interamericana, ou seja, a CADH como um “atracadouro das fontes do direito internacional”²⁵ como um todo – quanto construtivo – demandando leis, políticas públicas e decisões judiciais mais protetivas aos direitos humanos fundamentais.

34. É justamente por esse entrelaçamento de tratados, costumes e princípios de direito por meio de um profícuo diálogo institucional que este Memorial para opinião consultiva optou por analisar o tema sob o prisma da ampla gama de instrumentos internacionais sobre o tema.

²⁵ LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

5. DO ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL AO ESTADO CONVENCIONAL DE DIREITO

35. O processo de globalização na América Latina tem aumentado reiteradamente a importância do aparato normativo-institucional internacional, assim como o debate acerca de sua relação com o direito constitucional. Isso se deve, principalmente, à conformação do bloco de constitucionalidade como um instrumento capaz de ampliar o espectro de normas, com força e hierarquia constitucional, destinadas à proteção de minorias sociais e a destravar engodos burocráticos que impedem a concretização de direitos humanos garantidos pelas constituições e pela própria CADH²⁶.

36. A expansão do processo de constitucionalização do SIDH, de um lado e, de outro, um processo de interamericanização²⁷ das normas do Estado estimula a criação de uma identidade nacional para uma integração multicultural e internacional na América Latina, do que pode ser denominado “Estado Convencional de Direito”²⁸. Em termos institucionais a reconstrução desse Estado compatível com a CADH pressupõe um Legislativo, Executivo e Judiciário comprometidos com o controle de convencionalidade e os parâmetros emanados pela CIDH e pela Corte IDH na formulação de leis, políticas públicas e decisões judiciais.

37. Esse novo paradigma compreende a ampliação do conceito de norma constitucional ao espalhar sua força e hierarquia para outras que não foram concebidas pelo constituinte originário, ou por emenda, *a posteriori*. Seu conteúdo engloba os tratados internacionais, principalmente aqueles que possuem a função primordial de proteção dos Direitos Humanos.

38. Nesse sentido, o controle de convencionalidade das normas e políticas estariam adstritos não mais apenas à Corte IDH, mas também ao âmbito interno dos Estados. Humberto Nogueira Alcalá sustenta que essa espécie de controle difuso de

²⁶ ARAÚJO, David Pereira de Araújo. *O Bloco de Constitucionalidade no Novo Constitucionalismo Sul-Americano: uma chave para entrar na sala de máquinas?* Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2020.

²⁷ ANTONIAZZI, Mariela Morales. O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: Coordenadores: Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Flávia Piovesan (Coords) *Ius Constitutionale Commune na América Latina – Volume I – Marco Conceptual – Coleção Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador* Curitiba: Juruá, 2016, p. 53.

²⁸ TERRILE, Ricardo Alejandro. *Estado constitucional e convencional de direito*. E-book Kindle, 2017. FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán.º Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latino-americano. *Revista jurídica Digital UANDES* 3/2, 2019, p. 13-42.

convencionalidade compete a todos os órgãos do Estado Parte, em todos níveis, estando vinculados a observar a CADH, ainda que exista conflito com a legislação interna. Nesse sentido, o controle deveria ser exercido dentro da competência de cada órgão e juízo, de acordo com a legislação vigente²⁹. Em voto concorrente no caso *Gelman vs. Uruguai*, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor chega a defender a atuação de um sistema integrado de proteção dos Direitos Humanos dispostos na CADH, que envolva exatamente todas as instâncias nacionais e internacionais responsáveis por garantir seu cumprimento³⁰.

39. A validade dessas normas, portanto, pode ser questionada tanto em relação às Constituições dos Estados quanto à CADH, sem que isso gere qualquer conflito de competência. Em caso de controvérsia, a norma deve ser referendada tanto pela jurisdição constitucional, quanto pela jurisdição da Corte IDH, ou seja, por ambas as instâncias, sob pena de ser afastada por qualquer uma das duas³¹.

40. A primazia da atuação da Corte IDH estaria direcionada aos casos que envolvessem mais diretamente a CADH e que ensejassem uma intervenção internacional mais aprofundada. Esses casos são aqueles que configurariam um “Estado de Coisas Inconvencional” e justificariam, por sua natureza, uma atuação mais interventiva por parte da Corte IDH.

41. Sua identificação apresenta três requisitos cumulativos que devem ser observados: (i) violação massiva e reiterada de Direitos Humanos protegidos pela CADH; (ii) omissão reiterada e persistente dos Estados em trazer uma solução satisfatória para a controvérsia; e (iii) um litígio estrutural entre os órgãos diretamente encarregados de apresentar uma possível solução para o problema.

42. Frisa-se que o conceito de um “Estado de Coisas Inconvencional” não existe na jurisprudência da Corte IDH nesses termos. É uma proposta autoral, formulada originalmente por Siddharta Legale e David Araújo Pereira, que busca contribuir para uma

²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ReDCE núm. 19. Enero-Junio de 2013. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/08_NOGUEIRA.htm. Acesso: 12 jan. 2021.

³⁰ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguai*. *Voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor*. 20 de março de 2013.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*, v. 106/107. p. 497 – 524. jan/dez. 2011/2012.

construção de uma perspectiva de atuação das diferentes instâncias e órgãos envolvidos na proteção da pessoa, tendo com parâmetro a CADH³².

43. A proposta deriva do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, cunhado pela Corte Constitucional colombiana para marcar a necessidade de atuação mais interventiva e direta do poder judiciário em casos de graves violações de direitos fundamentais protegidos pela constituição do Estado, omissão persistente e litígio estrutural. Seus precedentes são as tutelas T-25/2004 e T-153. A primeira trata dos problemas envolvendo as pessoas vítimas de deslocamento forçado de pessoas e a segunda das pessoas que cumprem pena privativa de liberdade.

44. No caso das pessoas privadas de liberdade, tema deste Memorial, é possível traçar um paralelo entre as violações de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, protegidos pela CADH. Essas pessoas são, em muitos casos, submetidas a condições cruéis e degradantes de sobrevivência reiteradamente, sem que consigam qualquer tipo de amparo por parte do Estado. A atuação das instâncias internas isoladas em casos graves tem-se mostrado ineficaz diante do quadro de problemas sistêmicos e multidimensionais, que colocam em risco diariamente a integridade pessoal daqueles sob a tutela do Estado.

45. A Corte IDH teria o condão, portanto, de promover uma atuação mais interventiva e necessária em casos em que a jurisdição dos Estados tenha falhado ou se mostrado inepta na solução de problemas graves e que exigem uma solução imediata. Isso não significa a imposição de medidas imperativas ou autoritárias, mas sim a promoção de um diálogo mais intenso, no intuito de aproximar ambas as esferas e buscar-se uma solução mais eficaz e satisfatória.

³² LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, v.2, n.º2, 2016.

PARTE II – RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS

6. GRUPOS VULNERÁVEIS PRIVADOS DE LIBERDADE E MEDIDAS/OBRIGAÇÕES DIFERENCIADAS PELOS ESTADOS

NO QUE SE REFERE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PESSOAS EM ESPECIAL SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE, COMO MULHERES GRÁVIDAS, EM PÓS-PARTO E LACTANTES; PESSOAS LGBT; PESSOAS INDÍGENAS; PESSOAS IDOSAS; E CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM AS MÃES, É POSSÍVEL JUSTIFICAR NOS ARTIGOS 24 E 1.1 DA CONVENÇÃO A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE MEDIDAS OU ENFOQUES DIFERENCIADOS PARA GARANTIR QUE SUAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS NÃO AFETEM A IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM AS DEMAIS PESSOAS PRIVADAS DA LIBERDADE, TANTO NO QUE DIZ RESPEITO A SUAS CONDIÇÕES DE DETENÇÃO COMO EM RELAÇÃO AOS RECURSOS QUE SEJAM INTERPOSTOS PARA PROTEGER SEUS DIREITOS NO CONTEXTO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE? EM CASO POSITIVO, QUE IMPLICAÇÕES CONCRETAS REVESTEM O CONTEÚDO DOS DIREITOS ENVOLVIDOS NESSES ARTIGOS NO ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES CORRELATAS QUE CABEM AOS ESTADOS NA MATÉRIA?

1. É obrigatório que o Estado adote medidas ou enfoques diferenciados com base nos arts. 24 e 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“CADH”), em conexão com o *corpus juris*, bloco de convencionalidade ou Constituição Interamericana³³.
2. Com base nessas fontes, tratar diferentemente grupos historicamente vulnerabilizados não significa discriminar³⁴. Adotar políticas públicas em favor desses

³³ LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: OEA. (Org.). *Curso de Direito Internacional XLVI*. 1ed. Rio de Janeiro: OEA, 2019, v. 1, p. 121-171.

grupos é uma obrigação decorrente da obrigação geral de respeitar e garantir direitos, prevista no art. 1.1 da CADH e de fornecer remédios efetivos, prevista no art. 2 da CADH³⁵, como será demonstrado a seguir a partir da jurisprudência interamericana.

3. A dignidade da pessoa humana como um todo deve ser protegida pelo sistema interamericano, como explicam os professores Eduardo Manuel Val e Siddharta Legale, preservando: (i) o valor intrínseco das pessoas; (ii) sua autonomia pública e privada, considerando o regime especial de sujeição das pessoas privadas de liberdade; (iii) a garantia do mínimo existencial; e (iv) a proteção do reconhecimento das diferenças culturais³⁶.

4. O art. 5.2 da CADH dispõe que “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”³⁷. A dignidade, protegida pelo art. 5 da CADH como um todo, prevê regras quanto à necessidade de respeito à: (i) integridade física, psíquica e moral; (ii) vedação à tortura, penas ou tratos, cruéis, desumanos ou degradantes; (iii) impossibilidade de a pena ultrapassar quem cometeu o crime; (iv) separação dos condenados e tratamento adequado dos não condenados; (v) separação e julgamento especializado dos menores; (vi) função de reforma e readaptação social dos condenados.

5. Essas regras estão fora da margem de apreciação de cada Estado. São o conjunto de direitos mínimos que as pessoas privadas de liberdade possuem, não podendo ser despojadas deles. Essas disposições podem ser consideradas, por assim dizer, o núcleo duro da proteção da dignidade humana das pessoas privadas de liberdade. Contudo, a sua proteção adequada requer atenção para o fato de que, ainda que as condições de privação

³⁴ A esse respeito, vale conferir a dissertação de mestrado, orientada pela profa. Mônia Clarissa Hennig Leal. Cf. LIMA, Sabrina. *A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise e mapeamento de suas sentenças*. Santa Cruz do Sul: Dissertação de Mestrado, 2020.

³⁵ A Corte IDH vem avançando na análise dessas obrigações sob a ótica da interseccionalidade. Nada impede que o mesmo raciocínio seja aplicado às pessoas privadas de liberdade pela Corte IDH, cf. Corte IDH. Caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C No. 407, §199. A respeito, vale conferir a análise de FACHIN, Melina; FERREIRA, Giovanny Padovan. *Quatro presenças – e uma ausência – na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direitos-humanos-quatro-presencas-ausencia-na-sentenca-04112020>. Acesso em 13 jan. 2021.

³⁶ LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. *A Dignidade da Pessoa Humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, 2017, p. 200.

³⁷ Corte IDH. Caso *Neira Alegria e outros vs. Peru*. Mérito. Sentencia de 19 de enero de 1995, par 60; Corte IDH. Caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006, par 274; Caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentença de 18 de setembro de 2003, par. 126 e 138; Caso *“Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004, par. 151.

de liberdade sejam as mesmas, formalmente, para todos, há um impacto desproporcional nos grupos vulnerabilizados, o que exige um tratamento diferenciado.

6. Na prática, justamente por isso, a Corte IDH já tem adotado em suas sentenças e medidas provisionais um olhar diferenciado para as vulnerabilidades das pessoas privadas de liberdade em geral e, em particular, das crianças, mulheres e pessoas com deficiência privadas de liberdade.

7. Essa posição adotada quanto às crianças encontra-se presente no caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai (2004), em que a Corte IDH analisou as condições de um estabelecimento prisional de forma ampla – destacando que, entre as obrigações estatais relacionadas a crianças privadas de liberdade, o Estado deve adotar medidas especiais orientadas ao interesse superior da criança. A Corte IDH fundamenta essa obrigação não só em disposições da CADH, mas também em todo o bloco de convencionalidade interamericano relacionado aos direitos das crianças³⁸⁻³⁹.

8. O posicionamento adotado em relação às mulheres é verificado no caso Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru (2006), em que a Corte IDH mencionou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher para reconhecer que a violação à integridade física e moral, para além dos termos clássicos, é impactada por questões específicas de gênero. Chegou a destacar, ademais, as obrigações adicionais para o Estado peruano relacionadas às necessidades fisiológicas das mulheres, como o fornecimento de absorventes⁴⁰. No que tange aos grupos citados na pergunta, no próprio caso Miguel Castro Castro, a Corte IDH fez diversas referências às especificidades das mulheres privadas de liberdade que estão grávidas, em período de pós-parto ou que são mães⁴¹.

³⁸ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C No. 112, §§160-161.

³⁹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves e MARCOLINO, Danilo Sardinha. O caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai da Corte IDH (2002): o dever do Estado de garantir a vida digna a crianças privadas de liberdade. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-instituto-de-reeducacao-do-menor-vs-paraguai-da-corte-idh-2002-o-dever-do-estado-de-garantir-a-vida-digna-a-criancas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em 13 jan. 2021.

⁴⁰ Corte IDH. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No. 160, § 276, §319, §331. Para uma análise crítica, cf. LEGALE, Siddharta; CAUSANILHAS, Tayara; MOTTA, Ana Clara. O caso do Presídio Miguel Castro Castro VS. Peru da Corte IDH (2006): violência de gênero às pessoas privadas de liberdade. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-do-presidio-miguel-castro-castro-vs-peru-da-corte-idh-2006-violencia-de-genero-as-pessoas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em 13 jan. 2021.

⁴¹ Corte IDH. Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C No. 160, §303, §319, §§330-332.

9. No que se refere à posição adotada para as pessoas LGBT privadas de liberdade, a jurisprudência da Corte IDH exige políticas públicas para desarticular preconceitos, por exemplo, em razão da orientação sexual⁴², assim como para desconstruir o impacto de estereótipos negativos em investigações policiais, processos judiciais e na execução penal⁴³. Esse entendimento foi, inclusive, a conclusão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colômbia* (2018), em que uma mulher lésbica privada de liberdade requereu inúmeras vezes o direito de receber visitas íntimas de mulheres com quem tinha um vínculo afetivo e teve seus pedidos negados todas as vezes com base em argumentos discriminatórios⁴⁴.

10. O mesmo raciocínio aplica-se às pessoas com deficiência, como realizado no caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016) por meio do qual a Corte IDH aplicou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para destacar a obrigação de adoção de medidas diferenciadas em relação a pessoas com deficiência privadas de liberdade⁴⁵. O Estado foi condenado nesse caso porque a vítima impetrou quatro pedidos de liberação antecipada, haja vista o impacto desproporcional da pena em relação à deficiência que a vítima possuía. A Corte IDH compreendeu que o juiz nacional que analisou os pedidos deveria ter exercido uma posição de garante, buscando a melhor solução possível e ponderando os elementos da natureza e dos riscos gerados pela deficiência no cárcere, o que não foi feito⁴⁶.

11. A propósito vale consignar três conceitos chaves, presentes em especial no art. 2 da referida Convenção: (i) “discriminação por motivo de deficiência”⁴⁷; (ii) desenho universal⁴⁸; e (iii) adaptação razoável⁴⁹. A primeira vem sendo denominada

⁴² Corte IDH. *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, §§109, 111, 125, 145, 146, 167, 237.

⁴³ Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289., §§277-282, 286-288.

⁴⁴ Informe No. 122/18, Caso 11.656, Informe de Fondo, *Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia*, 5 octubre 2018, §§163, 173, 176, 212, 213, 218.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312., §§208 e 209.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312., §§252, 255 e 256.

⁴⁷ “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;”

⁴⁸ “Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

academicamente de “capacitismo”⁵⁰. A segunda envolve o “desenho”, isto é, a arquitetura e a logística dos produtos, ambientes, serviços e programas que, para uma economia de escala, são – mas não deveriam – excludentes. Um “desenho universal” deveria expandir o pluralismo. A terceira significa planejar e implementar ajustes e modificações que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido.

12. Isso importa ampliar a igualdade de oportunidade das pessoas com deficiências. Afinal, as barreiras oriundas da deficiência podem ser reduzidas por fatores políticos, econômicos, culturais e sociais. A arquitetura, os produtos e os serviços, por exemplo, dentro dos estabelecimentos prisionais devem pensar nessa adaptação razoável para que facilitem não apenas a ressocialização, mas também a integração da pessoa com deficiência na sociedade. No Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil (2005), as políticas públicas determinadas ao Estado foram exatamente nesse sentido⁵¹.

13. Quanto à repercussão para os povos originários, vale destacar o caso López Álvarez vs. Honduras (2006), em que a Corte IDH destacou que a proibição a um membro da comunidade Garífuna de falar em sua língua nativa dentro de estabelecimentos prisionais violava a sua liberdade de expressão e seu direito à igualdade. Além da violação a sua dignidade pelas condições carcerárias de superlotação e insalubridade, essa postura dos funcionários do Estado era discriminatória em relação aos garifunas⁵².

14. Quanto à população de afrodescendentes da “América”, América africana, para utilizar a consagrada expressão de Lélia Gonzalez⁵³, vale registrar que não há perguntas específicas a respeito na solicitação de Opinião Consultiva. A Clínica IDH, em parceria com o CERCO – Grupo de Pesquisa sobre Estado, racismo e decolonialidade da UFRJ – entende que essa omissão da opinião consultiva é inaceitável, tendo em vista as estruturas de opressão de raça, classe e gênero que impactam essa população desproporcionalmente – criminalizando mais a população negra não só na fase de investigação, inquéritos policiais

⁴⁹ “Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;”.

⁵⁰ ALBAINE, Flávia. O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de Cortes. *Revista Teoria Jurídica Contemporânea* v. 5, n.º1, 2020.

⁵¹ Para uma análise da transição do modelo manicomial ao social, Cf. MERLI, Isadora Marques; RIANELLI, Luiza Lima. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006): O assassinato de um deficiente e o modelo hospitalocêntrico. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <https://www.nidh.com.br/damiao>. Acesso em 13 jan. 2021.

⁵² Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C No. 141, §§ 171 e 172.

⁵³ GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: *Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Nº. 92/93 (jan./jun.º). 1988b, pp. 69-82.

e na fase processual, mas também na fase de execução das penas. É imprescindível que, a despeito da inexistência de perguntas, a Corte IDH empregue nessa Opinião Consultiva a análise interseccional que já realizou de certa forma, por exemplo, no caso *Haitianos vs. República Dominicana*, no qual se julgou que os procedimentos de deportação aos quais as vítimas foram submetidas se encontravam permeados por um profundo racismo institucional, e, mais recentemente, no caso *Fábrica de Fogos vs. Brasil* (2020), em que se entendeu que a raça era um fator preponderante na vulnerabilidade das vítimas.

15. É fundamental mencionar especificamente a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, que entrou em vigor em 20 de fevereiro de 2020, após a formulação da presente solicitação de opinião consultiva. Embora a Convenção no momento só esteja em vigor para dois países (Uruguai e México), suas disposições devem ser consideradas pela Corte IDH como parte do *corpus iuris* sobre os direitos dos integrantes de todos os grupos aqui mencionados, devendo, portanto, ser utilizada para interpretar as disposições da CADH sobre igualdade e não discriminação⁵⁴.

16. Por fim, vale consignar que, nas resoluções sobre medidas provisionais relativas ao Assunto do Complexo Penitenciário de Curado vs. Brasil (2016)⁵⁵, a Corte IDH destacou inúmeras vezes a necessidade de o Estado brasileiro adotar medidas de monitoramento e enfoques diferenciados para pessoas privadas de liberdade que pertençam à comunidade LGBT⁵⁶⁻⁵⁷⁻⁵⁸, pessoas com deficiência⁵⁹, idosos⁶⁰ e crianças que vivem com as mães no

⁵⁴ Para uma análise crítica, vale conferir o trabalho de conclusão de curso pela UFRJ, sob a orientação do prof. Siddharta Legale. CAMPEAN, Marina. *Por uma justiça racial interamericana: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os parâmetros de proteção contra o racismo e a discriminação*. Rio de Janeiro: Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

⁵⁵ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de outubro de 2015. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §37.

⁵⁶ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. A Corte fez referência, ainda, ao Manual sobre Reclusos com Necessidades Especiais da Oficina das Nações Unidas contra a Droga e o Delito, que estabelece parâmetros diferenciados para o tratamento de presos LGBT cf. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado.

⁵⁷ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §164.5.

⁵⁸ resolução de 28 de novembro de 2018, a Corte IDH faz menção ao princípio 9 dos Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero) cf. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado §159.

⁵⁹ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §64, iv.

⁶⁰ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 15 de novembro de 2017. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §§102-106.

cárcere⁶¹ – em especial quanto à infraestrutura dos estabelecimentos prisionais, ao treinamento do pessoal, aos procedimentos de proteção de direitos e ao combate à cultura de violência que impacta as pessoas privadas de liberdade, seus familiares e os próprios funcionários do Estado que trabalham neles.

17. Resta evidente que a Corte IDH compreende, na coisa julgada interpretada dos casos contenciosos em que proferiu sentenças e, portanto, no bloco de convencionalidade interamericano – formado pela CADH e por essas interpretações –, a obrigação de os Estados ajustarem, com base em suas especificidades, as condições de detenção de pessoas que integram grupos vulneráveis, em respeito aos imperativos dos princípios da igualdade e da não discriminação, a fim de preservá-los.

18. Esse esforço, contudo, precisa ser melhor desenvolvido. A Corte IDH deve adotar como princípio a observância das vulnerabilidades específicas dos grupos vulneráveis em todos os seus pronunciamentos relativos a pessoas privadas de liberdade. Esse olhar e tratamento diferenciado não importa em violar a igualdade pelo tratamento prioritário aos grupos vulneráveis em comparação à população carcerária em geral. Afinal, embora a pena aplicada possa ocorrer em um mesmo estabelecimento em condições similares, o impacto da pena nesses grupos não é o mesmo.

19. Pelo contrário, o tratamento diferenciado decorre de uma visão substantiva da igualdade que resulta de uma imposição normativa do *corpus juris*, bloco de convencionalidade ou Constituição Interamericana, que requer a interpretação dos arts. 1.1 e 24 da CADH a partir dos princípios do desenvolvimento progressivo (art. 26) e do *pro persona* (art. 29 da CADH), de modo a promover uma leitura interdependente dos direitos das pessoas privadas de liberdade, considerando também, por exemplo: (i) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; (ii) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; (iii) os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em Relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero); (iv) o Manual sobre Reclusos com Necessidades Especiais da Oficina das Nações Unidas contra a Droga

⁶¹ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assuntos da Unidade de Integração Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, §6.21; §6.28 e §6.29.

e o Delito; e (v) a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

20. Por fim, vale destacar que, com essas premissas, o memorial da Clínica IDH da UFRJ procurará responder, de um lado, às perguntas relativas às obrigações específicas quanto aos grupos vulneráveis privados de liberdade levantadas na solicitação de parecer consultivo, e, de outro, realizar uma crítica à CIDH e a Corte IDH, levantando questões não formuladas e provocando a Corte IDH a considerar as particularidades das pessoas afrodescendentes privadas de liberdade.

21. Para tanto, a Clínica IDH da UFRJ consultou e propôs uma parceria ao CERCO – Grupo de pesquisa da UFRJ sobre Estado, racismo e decolonialidade –, pedindo que este formulasse e respondesse às perguntas que o grupo entendia imprescindível para combater o racismo que assola as instituições que deveriam ser responsáveis por proteger direitos, mas, paradoxalmente, não conseguem debelar o Genocídio do Povo Negro⁶², denunciado há décadas por Abdias Nascimento na necessidade de aquilombar-se para poder sobreviver⁶³, e ainda mais evidente para o mundo depois da viralização do caso George Floyd nos EUA e do fortalecimento do movimento *black lives matter*.⁶⁴ Fruto dessa parceria por uma justiça racial interamericana, escreveu-se o item 12 do presente memorial.

⁶² NASCIMENTO, Abdias. *O Genocídio do negro brasileiro: Processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: ipeafro, 2016.

⁶³ NASCIMENTO, Abdias. *O quilombismo: Documentos de uma militância Pan-Africanista*. Rio de Janeiro: Ipeafro, 2019.

⁶⁴ Cf. <https://blacklivesmatter.com/>. Acesso em 13 jan. 2021.

7. MULHERES GESTANTES, LACTANTES E COM FILHOS NA PRIMEIRA INFÂNCIA PRIVADAS DA LIBERDADE: PARÂMETROS E OBRIGAÇÕES DO ESTADO QUANTO ÀS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE GÊNERO

A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS EM MATÉRIA DE ALIMENTAÇÃO, VESTUÁRIO E ACESSO A ASSISTÊNCIA MÉDICA E PSICOLÓGICA DAS MULHERES GRÁVIDAS, EM PÓS-PARTO E LACTANTES PRIVADAS DA LIBERDADE?

22. A Corte IDH constrói progressivamente padrões decisórios destinados a uma proteção mais elevada da dignidade da pessoa humana das mulheres em geral, o que pode ser denominado de “feminismo interamericano”, como uma quarta onda – conforme destacam Raisa Ribeiro e Siddharta Legale⁶⁵ – de um lado e, de outro, em particular, destinados às mulheres privadas de liberdade.

23. É fundamental adotar um olhar interseccional para a questão. Luciana Boiteux, com base em uma pesquisa empírica em presídios do Rio de Janeiro, aponta uma nefasta seletividade penal no encarceramento feminino, que impacta injusta e desproporcionalmente mulheres negras⁶⁶.

24. Toda pessoa privada de liberdade tem o direito de que o Estado preserve a sua dignidade, a sua integridade física, psíquica e moral contra a violência e discriminação corriqueira dos estabelecimentos prisionais. Para a proteção das mulheres grávidas, em pós-parto ou lactantes privadas de liberdade, é imprescindível que os Estados prestem serviços adequados e específicos em matéria de alimentação, vestuário, assistência médica e psicológica.

25. O cumprimento de pena por mulheres grávidas é um dos aspectos mais perversos do processo penal, posto que, em geral, elas não praticaram crimes violentos e decorre de

⁶⁵ LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisa. Feminismo interamericano: a tutela dos direitos das mulheres pelo sistema interamericano de direitos humanos. In: RIBEIRO, Raisa; MIGUENS, Macerla; BARBOSA, Renata Barbosa. (Org.). *Direito e gênero: sistemas de proteção*. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019, v. 1, p. 108-158.

⁶⁶ BOITEUX, Luciana. *Encarceramento feminino e seletividade penal*. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>. Acesso em 14. jan. 2021.

uma política de drogas que também impacta mulheres negras e pobres em situação de vulnerabilidade⁶⁷.

26. O caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru (2006) é o *leading case* da Corte IDH nesse tema. A violência das forças armadas para debelar um motim resultou em atos de profunda violência, que impactaram desproporcionalmente as pessoas do pavilhão em que estavam as presas políticas⁶⁸. A sentença afirmou que as mulheres privadas de liberdade não devem sofrer discriminação ou qualquer tipo de violência física, psíquica ou moral.

27. A Corte IDH reconheceu que a violência de gênero pode ocorrer no ambiente prisional, porque a mulher, por ser mulher, é afetada de forma diferente pela privação da liberdade, sendo necessário combinar o art. 5 da CADH com as disposições da Convenção de Belém do Pará (“CBP”) a partir da óptica do princípio *pro persona*.

28. Por exemplo, considerando aspectos relacionados à saúde, há a necessidade de exames ginecológicos em geral e/ou pré-natal/pós-natal em caso das mulheres grávidas. A Corte IDH reconheceu a obrigação de o Estado assegurar tais necessidades em relação à higiene e à saúde das mulheres privadas de liberdade. A falta de implementação dessa atenção importa, segundo a Corte IDH, violação à integridade pessoal da mulher⁶⁹.

29. No que concerne ao acesso a atendimento médico, alimentação e vestuário, a obrigação geral de respeitar direitos exigida pela CADH deve ser complementada, por exemplo, com o art. 7-b da Convenção de Belém do Pará⁷⁰, que definiu as obrigações do Estado de prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

30. O documento que trata dos Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, aprovado pela CIDH⁷¹, estabelece parâmetros mais específicos envolvendo o ingresso, registro, exames médicos e psicológicos, assim como em matéria de alimentação, água potável, vestuário, educação, atividades culturais, trabalho, assistência religiosa, medidas contra superlotação, contato com o mundo exterior, dentre outros. Em relação às mulheres grávidas, em pós-parto ou lactantes privadas de

⁶⁷ BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Máira Costa, PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. In: *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. par. 303.

⁶⁹ *Ibidem*. par. 321-2.

⁷⁰ OEA. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), 9 de junho de 1994, artigo 7b.

⁷¹ CIDH. Resolução 1/08. Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 2008.

liberdade, o documento afirma que: “Serão estritamente proibidas as medidas de isolamento das mulheres grávidas; das mães que convivam com os filhos no interior dos estabelecimentos de privação de liberdade; e das crianças privadas de liberdade.”.

31. As Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, mais conhecidas como Regras de Mandela, elaboradas no âmbito da Organização das Nações Unidas em 1955, trazem recomendações ao tratamento das pessoas privadas de liberdade.⁷² Tratam do vestuário nos dispositivos 19 e 20, garantindo aos detentos roupas adaptadas às condições climáticas e de saúde. No que tange à alimentação, a Regra 22 determina que a administração do local de privação de liberdade deve fornecer alimentação nutritiva e de qualidade, adequada à saúde e ao porte físico de cada pessoa, além da disponibilidade de água potável sempre que desejado. As Regras 35 e 43 indicam a necessidade de consideração das recomendações médicas sobre vestuário e alimentação e a proibição de qualquer tipo de restrição à alimentação e à água dos reclusos. A Regra 28 estabelece que as unidades prisionais femininas devem estar de acordo com as necessidades de cuidado e tratamento médico das mulheres.

32. Para tratar especificamente da situação das mulheres privadas de liberdade, aprovou-se a Resolução 2010/2016 do Conselho Econômico Social à Assembleia Geral da ONU, denominada Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras e mais conhecida como Regras de Bangkok⁷³.

33. A Regra 5 desse documento aborda a higiene pessoal das mulheres, que está diretamente relacionada com o acesso à saúde – considerando que está previsto que as acomodações das mulheres encarceradas devem contar com instalações e materiais de higiene específicos, como absorventes gratuitos, além de água para os cuidados pessoais, principalmente das mulheres grávidas e lactantes. A Regra 10 permite à presa solicitar o atendimento por uma médica ou enfermeira. A Regra 12 dispõe sobre o atendimento para saúde mental individualizada, abrangente e sensível às questões de gênero. A Regra 20 impõe a substituição das revistas física e psicologicamente invasivas por escâneres como

⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras De Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

⁷³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

método de inspeção. A Regra 25 impõe a investigação dos assédios e abusos sexuais relatados pelas presas por autoridades independentes, com respeito à confidencialidade. Existem diversas outras regras específicas, a partir da Regra 67, que, inclusive, dispõem sobre a necessidade de pesquisa, planejamento, avaliação das políticas de segurança pública e de sensibilização dos meios de comunicação da sociedade para respeitar direitos humanos.

34. No Brasil, a garantia ao direito à alimentação, à vestimenta e ao acesso médico e psicológico é afirmada em diversos dispositivos normativos. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, considera como um direito o acesso à saúde e à alimentação para todos os cidadãos. O direito a vestuário adequado pode ser compreendido como uma das expressões do direito à saúde, posto que sua ausência ou inadequação pode trazer consequências à integridade física e psíquica do indivíduo.

35. Apesar de a Constituição trazer essas garantias, em legislações inferiores esses assuntos também são reforçados e mais especificados. Referentes aos sujeitos privados de liberdade, a Lei n.º 7.210/84, Lei de Execução Penal (“LEP”), em seu art. 12 garante o fornecimento de alimentação, vestuário e condições de higiene aos presos.

36. A Portaria Interministerial n.º 210, de 16 de janeiro de 2014, do Ministério da Justiça, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (“PNAMPE”), que propõe diretrizes e metas relacionadas ao sistema Penitenciário. No art. 2º, por exemplo, é constatada a importância da humanização do cumprimento da pena, isto é, garantias como direito à saúde, alimentação, proteção à maternidade, assistência psicossocial. Desse modo, o referido artigo também expõe a necessidade de assistências específicas quando se trata de especificidades das mulheres, como a maternidade, por exemplo.

37. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres e gestantes privadas de liberdade, por meio da Resolução n.º 252, de 04 de setembro de 2018, reconhecendo o papel do Estado de conferir atenção especializada a esse grupo de mulheres. A Resolução garante os direitos das mulheres com filhos e privadas de liberdade⁷⁴ e estabelece ações mínimas de responsabilidade do Poder Público para garanti-los no §1º do art. 8º – em que se destacam os incisos I e II, que

⁷⁴ “Art. 7º. Todos os direitos das mulheres privadas de liberdade com filhos serão garantidos, conforme disposto na Lei de Execução Penal, por meio da efetivação dos direitos fundamentais constitucionais nos estabelecimentos prisionais, respeitadas as especificidades de gênero, cor ou etnia, orientação sexual, idade, maternidade, nacionalidade, religiosidade e de deficiências física e mental”. BRASIL. Resolução Nº 252 de 04/09/2018.

determinam o respeito ao período de amamentação, e a garantia à gestante e à lactante de sua convivência com o bebê e do apoio nutricional adequado à sua condição⁷⁵.

38. Em relação ao acesso à assistência médica e psicológica, o art. 6º da Constituição Federal prevê a saúde e a proteção à maternidade como direitos fundamentais⁷⁶. Os arts. 196 e 197, por sua vez, consideram que a saúde é um direito e que deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas que visem à sua promoção, regulamentação e fiscalização. Além da Constituição, a assistência médica e psicológica é abrangida também no art. 2º da Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990⁷⁷.

39. Foi elaborada a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (“PNAISP”), instituída pela Portaria Interministerial n.º 01, de 02 de janeiro de 2014, e operacionalizada no âmbito do Sistema Único de Saúde (“SUS”) pela Portaria n.º 482, em 1º de abril de 2014, do Ministério da Saúde, objetivando garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral do SUS⁷⁸ (art. 5º, Portaria Interministerial n.º 01/2014). A PNAISP foi aderida por todos os estados da Federação, que assumiram o compromisso de implementar a política de assistência de saúde às pessoas privadas de liberdade em seu território. Entretanto, no que diz respeito aos municípios, apenas 441 dos 927 municípios que possuem unidade prisional em seu território aderiram a essa política.

40. Em alteração à Lei de Execução Penal, realizada em 2009, as mulheres que vivem o período de maternidade encarceradas passaram a possuir o direito a uma assistência específica em virtude de sua condição, considerando também o direito ao acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido⁷⁹. Essa nova formulação trouxe mais garantias às mulheres gestantes,

⁷⁵ “Art. 8º. A convivência entre mães e filhos em unidades prisionais ou de detenção deverá ser garantida, visando apoiar o desenvolvimento da criança e preservar os vínculos entre mãe e filhos, resguardando-se sempre o interesse superior destes, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.”

⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

⁷⁷ Lei n.º 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

⁷⁸ “Art. 5º – É objetivo geral da PNAISP garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral no SUS”.

⁷⁹ Art. 14, §3º da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.

lactantes, puérperas e aos seus filhos, assegurando condições mínimas de assistência a esses grupos.

41. Tendo em vista as informações apresentadas, consideramos que a Corte IDH deve adotar os seguintes pontos como parâmetros de condições mínimas em matéria de alimentação, vestuário e acesso à assistência médica e psicológica:

- (1) o Estado deve fornecer alimentação que atenda à nutrição adequada, suficiente e que considere as necessidades ou dietas especiais das mulheres lactantes, grávidas e em pós parto;
- (2) oferecer à gestante e à lactante apoio nutricional adequado a sua condição, atentando-se para a necessidade de suplementos nutricionais e acompanhamento profissional de nutricionista;
- (3) fiscalizar as empresas terceirizadas responsáveis pelos serviços de alimentação dos presídios para que seja fornecida alimentação de qualidade;
- (4) não pode haver, em hipótese alguma, restrição à alimentação e água das grávidas, lactantes e mulheres em pós parto;
- (5) fornecer permanentemente água potável para consumo;
- (6) respeitar o período de amamentação, garantindo a convivência entre mãe e filho;
- (7) disponibilizar vestuário de tamanho adequado, adaptado às condições climáticas e de saúde, tendo em vista que, com a gravidez, o corpo da mulher muda;
- (8) fornecer peças íntimas de vestuário e absorventes;
- (9) disponibilizar meios e recursos para que sejam formuladas estratégias de efetivação à assistência material de vestuário que levem em consideração as especificidades das mulheres grávidas, em pós-parto e lactantes;
- (10) conceder assistência médica e psicológica durante todo o período em que a mulher grávida, lactante e em pós-parto estiver privada de liberdade;
- (11) oferecer atendimento médico periódico às gestantes, com profissionais que tenham a qualificação necessária para tratar de presas nessas situações;
- (12) fornecer equipe médica, médicos e enfermeiras, de forma constante nos estabelecimentos prisionais femininos;
- (13) fornecer ou ampliar espaços destinados à assistência psicológica nos presídios;
- (14) estabelecer programa de treinamento para os funcionários dos presídios para ensinar os cuidados específicos de que essas mulheres precisam;
- (15) ampliar o número de ginecologistas nas unidades femininas;
- (16) sempre buscar médicas femininas para o atendimento das mulheres e, caso não haja, que seja garantido o direito da gestante de que uma funcionária mulher esteja presente durante todo o atendimento médico;
- (17) respeitar o sigilo médico das pacientes;

- (18) criar programas de assistência psicológica voltado para mulheres grávidas, lactantes e em pós-parto privadas de liberdade; e
- (19) fornecer atendimento psicológico individualizado, abrangente, sensível às questões de gênero e que busque compreender os traumas dessas mulheres.

B) QUE CONDIÇÕES MÍNIMAS O ESTADO DEVE GARANTIR DURANTE O TRABALHO DE PARTO E DURANTE O PARTO?

42. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (“DADDH”)⁸⁰, em seu art. 7º, salvaguarda o direito à proteção, cuidados e auxílios especiais a mulheres gestantes ou em fase de lactância.
43. A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (“CEDAW”)⁸¹ aponta, em seu art. 12, que os Estados Partes assumem, primeiramente, a responsabilidade de adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, por exemplo, disponibilizando médicas e enfermeiras, caso a presa prefira. Em seguida, os Estados Partes comprometem-se a garantir à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período pós-parto, proporcionando, também, assistência gratuita quando assim for necessário.
44. As Regras de Bangkok, mais especificamente na Regra 24, apontam sobre a inaceitabilidade do uso de instrumentos coercitivos contra mulheres que estão prestes a dar à luz, em trabalho de parto, ou em momento imediatamente posterior a esse. Sendo assim, o documento positiva a garantia do parto de mulheres privadas de liberdade livre de qualquer objeto coercitivo que possa agravar a saúde da gestante.
45. Já as Regras de Mandela estabelecem, na Regra 28, a necessidade de criação de instalações especiais para o acompanhamento e tratamento de reclusas grávidas, daquelas que tenham acabado de dar à luz, e convalescentes, afirmando ainda que, sempre que

⁸⁰ OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá. [S. l.], 30 abr. 1948.

⁸¹ CEDAW – 1974. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Texto publicado no Diário do Congresso Nacional Brasileiro em 23 jun.º 1994. Disponível em: http://www.salvador.ba.gov.br/images/PDF/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

possível, o parto deve ser realizado em hospital civil. Caso não seja viável, o registro de nascimento da criança não deve mencionar o seu nascimento em âmbito prisional.

46. No Brasil, embora haja ampla legislação sobre o assunto, como será descrito a seguir, a gestação representa uma das maiores dificuldades que existem para as mulheres nos sistemas prisionais, uma vez que enfrentam problemas desde os cuidados pré-natal até a hora do parto. Em pesquisa desenvolvida sobre a gestação nas prisões⁸², por exemplo, 36% das gestantes relatam que em algum momento da internação para o parto foram algemadas, das quais 8% informaram terem ficado algemadas no momento do parto. O uso das algemas é extremamente violador no momento de fragilidade que é o parto. Essa medida ignora a impossibilidade física da mulher de realizar qualquer tentativa de fuga ou ato de violência, além de acentuar desconforto em um momento extremamente delicado.

47. Em relação à legislação existente, cabe citar a Lei n.º 8.069/90⁸³, que modificou a Lei n.º 13.257/16⁸⁴, prevê em seu §3º a garantia de atendimento de múltiplos serviços durante o parto e o pós-parto, bem como contrarreferência na atenção primária, isto é, a articulação entre diversas unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), do nível de maior complexidade para o de menor complexidade. Os §§ 6º e 8º garantem, ainda, o direito a 1 (um) acompanhante no momento do parto⁸⁵, e o direito ao parto natural.

48. O art. 14, §3º, da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84)⁸⁶, resguarda o direito de acompanhamento médico no pré-natal e pós-parto especificamente das mulheres privadas de liberdade. Além disso, de acordo com o art. 82, §1º da mesma lei, é garantido à mulher o recolhimento a estabelecimento adequado a sua condição pessoal. Por conseguinte, o art. 89 prevê repartições para gestantes e parturientes nas penitenciárias de mulheres.

49. Outro direito assegurado pela legislação brasileira é a vinculação prévia à maternidade em que será realizado o parto, conforme o art. 1º, I, da Lei n.º 11.634/07. Esse direito objetiva gerar confiança da mulher no momento do parto.

⁸² LEAL, Maria do Carmo (coord.). *Nascer na Prisão: gestação e parto atrás das grades*. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 21, n.º 7, 2016, p. 2041-2050.

⁸³ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Congresso Nacional, 13 jul. 1990.

⁸⁴ BRASIL. *Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n.º 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF, Congresso Nacional, 8 mar. 2016.

⁸⁵ Incluso em 2005 por meio da promulgação da Lei n.º 11.108, de 7 de abril de 2005, denominada Lei do Acompanhante. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

⁸⁶ BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, Congresso Nacional, 11 jul. 1984.

50. O Habeas Corpus coletivo n.º 143.641/SP, concedido pelo STF em 2018, reconheceu diversas violações de direitos humanos das mulheres privadas de liberdade em trabalho de parto e em pós-parto. O voto condutor, do Ministro Ricardo Lewandowski, destacou ser recorrente a realização de partos em celas, corredores e pátios das prisões. Com isso, torna-se comum a falta de atendimento médico durante o parto.

51. O Projeto de Lei da Câmara n.º 7.633/2014⁸⁷ busca acabar com muitas dessas violações. Visa a garantir a assistência humanizada durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério. No art. 14, elencam-se ofensas verbais ou físicas a fim de que sejam mitigadas, pode-se citar, para exemplificação, o inciso XVII que especifica o uso de algemas⁸⁸. O Projeto de Lei trata de inúmeras questões acerca dos direitos da mulher no momento do parto, incluindo diretrizes técnicas a serem adotadas. Vale enfatizar o Título II, que busca a erradicação da violência obstétrica.

52. Convém salientar, por último, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 100/2015⁸⁹ que visa a acrescentar o inciso IX ao art. 200 da Constituição Federal. Com essa alteração, o Estado deverá disponibilizar equipe multiprofissional às parturientes. Tal equipe deverá ser composta pelo menos de pediatra, ginecologista, obstetra, enfermeiros e psicólogo.

53. O relatório Saúde Materno-Infantil nas Prisões⁹⁰ demonstra que o início do trabalho de parto foi informado aos familiares de apenas 10% das mulheres. Apenas 3% das mulheres estiveram com acompanhantes durante a internação. Embora não tenha sido atestado, 73% das mães alegaram que o principal motivo para não terem recebido visitas de familiares no hospital foi a proibição do sistema prisional. Convém destacar que 36% das mulheres declararam o uso de algemas em algum momento da internação para o parto, tendo 8% sido algemadas durante o trabalho de parto. Somente 10% disseram ter sua intimidade respeitada pelos profissionais de saúde, e 11%, pelos agentes penitenciários.

⁸⁷ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara n.º 7.633 de 2014*. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 27 maio 2014. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>. Acesso em 14 jan. 2021.

⁸⁸ “Art. 14. Consideram-se ofensas verbais ou físicas, dentre outras, as seguintes condutas: [...] XVII – Manter algemadas, durante o trabalho de parto, parto e puerpério, as mulheres que cumprem pena privativa de liberdade.”

⁸⁹ BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n.º 100 de 2015*. Acrescenta o inciso IX ao art. 200 da Constituição Federal. Brasília, DF, Câmara dos Deputados, 15 jul. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158505>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁹⁰ Brasil. Ministério da Saúde, Fiocruz. *Saúde Materno Infantil nas Prisões Rio de Janeiro*. Fiocruz, 2014.

54. Como exemplo de práticas positivas, a Rede Cegonha⁹¹, regulamentada no Brasil pela Portaria 1.459 em 24 de junho de 2011, estabelece que as equipes de atenção básica prisionais devem se somar ao acompanhamento médico no parto, apesar de não serem as executoras dele. Assim, por meio de uma medida pública é possível fomentar uma rede de assistência a mulheres gestantes privadas de liberdade, tendo em observância suas peculiaridades, seus direitos reprodutivos, reduzindo a mortalidade materna e infantil, e solidificando a Rede de Atenção à Saúde Materna e Infantil.

55. Por fim, deve ser garantida a presença – e vedada a proibição – de acompanhante durante a hospitalização para o parto. O acompanhante diminui as chances de violação de direitos da mulher durante o parto e está associada a um atendimento médico mais respeitoso. A presença de uma pessoa que se preocupe com a mulher, nessa situação de especial vulnerabilidade, contribui para a efetiva participação da mulher nas decisões, bem como são reduzidas as chances de violência⁹².

56. Dessa forma, para além das condições materiais adequadas ao parto, como um ambiente esterilizado e objetos necessários para o conforto do processo médico, há ainda as condições imateriais adequadas a esse momento. Profissionais empáticos e qualificados são imprescindíveis para a não ocorrência de violência obstétrica e psicológica, antes, durante e após a mulher dar à luz. Tendo em vista as informações apresentadas, consideramos que a Corte IDH deve adotar como parâmetros de condições mínimas para os momentos do trabalho de parto e do parto:

- (1) desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao atendimento humanizado durante a gravidez, com atenção especial à mulher em situação de privação de liberdade, tendo como exemplo a Rede Cegonha no Brasil;
- (2) garantia de serviços de saúde próximos aos estabelecimentos prisionais femininos e mistos, de forma que seja possível chegar ao hospital onde será o atendimento do parto em tempo razoável.
- (3) disponibilidade do traslado das mulheres grávidas aos hospitais em tempo integral;
- (4) vedação dos instrumentos de contenção, como algemas, para mulheres em trabalho de parto e no parto;
- (5) criação de dispositivo legal que estabeleça sanção disciplinar à autoridade policial, agente penitenciário, ou outro, que utilize instrumento de contenção em mulheres prestes a dar à luz; e

⁹¹ DELZIOVO, Carmem Regina *et al.* *Atenção à saúde da mulher privada de liberdade*. Curso de Atenção à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

⁹² D' Orsi E, Brüggemann OM, Diniz CSG, Aguiar JM de, Gusman CR, Torres JA, Angulo-Tuesta A, Rattner D, Domingues RMSM. *Desigualdades sociais e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar*. Cad. Saúde Pública 2014; 30 (Supl. 1):S154-S168.

(6) garantia da presença de acompanhante durante toda a internação para o parto.

C) QUE MEDIDAS DE SEGURANÇA O ESTADO PODE ADOPTAR AO EFETUAR A TRANSFERÊNCIA DE MULHERES GRÁVIDAS, A FIM DE QUE SEJAM COMPATÍVEIS COM SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS?

57. De acordo com os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade, especificamente o seu Princípio X, as mulheres privadas de liberdade possuem o direito de acesso a atendimento médico especializado. Além disso, está explicitamente enunciado que o parto não deve ocorrer em locais de privação de liberdade, ou seja, a mulher grávida deve ser transportada a um hospital para dar à luz.

58. Do mesmo modo, as Regras de Mandela estabelecem, na Regra 28, que as unidades prisionais femininas devem estar de acordo com as necessidades de cuidado e tratamento médico das mulheres. E o local deve adotar procedimentos específicos para que o parto e o nascimento ocorram em um hospital e não no ambiente prisional. A Regra 47, por sua vez, apresenta a proibição do uso de correntes, imobilizadores de ferro ou outros instrumentos semelhantes devido a seu caráter degradante e doloroso. A Regra 48 complementa a Regra 47 ao afirmar que, quando for necessário e houver a autorização para que seja utilizado algum método restritivo, distinto dos apontados anteriormente, os instrumentos só deverão ser utilizados quando não houver outra forma menos severa de controle, o método aplicado deverá ser o menos invasivo possível e os instrumentos de restrição deverão ser utilizados apenas durante o período exigido e devem ser retirados assim que possível. Por fim, os métodos de restrição não devem ser utilizados em mulheres em trabalho de parto, nem antes e nem depois do mesmo.

59. Com base nas Regras 81 e 82, entende-se que deve haver uma prioridade para que todo o trânsito de mulheres grávidas seja realizado por funcionárias mulheres e que elas não devem utilizar a força e só devem estar armadas em circunstâncias especiais. As agentes devem realizar um treinamento específico para lidarem com pessoas privadas de liberdade para que não recorram ao uso da força além do estritamente necessário. Nos casos em que ocorre o trânsito de mulheres grávidas, entende-se que a mulher está em uma

situação vulnerável e com dores, não apresentando qualquer risco a si mesma ou ao agente prisional, não havendo motivo prévio para que haja uso da força.

60. As Regras de Bangkok também abordam o tema. Na Regra 24 encontra-se a determinação de que, nas normas voltadas às gestantes, deve constar a vedação de instrumentos de contenção para as mulheres em trabalho de parto. Já a Regra 33 apresenta especificamente a restrição do uso de algemas, correntes, ferros e coletes de força, que nunca devem ser utilizados como forma de sanção. Outros instrumentos de coação só poderão ser utilizados como medida de precaução contra uma fuga durante uma transferência ou sob indicação médica ou por ordem do diretor depois de esgotados todos os meios de dominar a presa.

61. Ademais, nas prisões, as gestantes sofrem com ausência de assistência médica, uma vez que nem sempre há profissionais disponíveis, impondo que os agentes de segurança, despreparados, verifiquem a real necessidade de procurar auxílio médico. Isso gera nas gestantes um medo de não serem levadas para o hospital a tempo na hora do parto. Conforme a pesquisa Saúde Materno-Infantil nas Prisões⁹³, 8% das presas com filhos relataram que demorou mais de cinco horas até serem transportadas aos hospitais.

62. Uma das questões principais é o meio de transporte a ser utilizado. Na pesquisa acima referida, 36% das mulheres foram transportadas por viatura policial, ao invés de ambulância, aumentando o estigma dentro dos hospitais, além do despreparo caso houvesse alguma emergência. Isso se verifica também em outras pesquisas, como no estudo feito pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), em 2018, em que foi verificado que, na Penitenciária Feminina de Cariacica, que contava com uma ambulância exclusiva para pessoas presas, o transporte das mulheres em estado de parto, ainda assim, era feito em outros veículos⁹⁴.

63. Nas “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (“CNPCP”), está previsto que o estabelecimento prisional destinado às mulheres disporá de material obstétrico para atender à grávida e parturiente para casos de emergência, e que, no caso de deslocamento da mulher presa, a escolta será integrada por uma mulher policial ou servidora pública.

⁹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE, FIOCRUZ. *Saúde Materno Infantil nas Prisões Rio de Janeiro*: Fiocruz, 2014.

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Estatístico: Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade*. 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

64. Além dessas normas, o Ministério da Justiça elaborou em 2016 um documento intitulado “Modelo de Gestão para a Política Penitenciária”⁹⁵. Nele, são colocados como objetivos a observância das condições de grupos vulneráveis, devendo ser oferecido transporte adaptado para mulheres gestantes, lactantes ou com filhos abrigados. O seu Princípio n.º 8 institui o cuidado nos procedimentos de remoção, transporte, soltura e desligamento da pessoa para observar as garantias de preservação da vida, integridade e dignidade dos sujeitos. Já a Diretriz n.º 35 determina a vedação da realização de partos no estabelecimento penitenciário, utilização de algemas durante transporte à unidade de saúde, no parto e pós-parto. A Diretriz n.º 43, ademais, estabelece que seja assegurado, no deslocamento da presa, o veículo adequado, para que seja preservada a saúde física e mental, o anonimato e o sigilo da pessoa. Por fim, coloca-se como premissa final que o transporte da mulher gestante não poderá ser feito em veículos tipo cofre.

65. Não obstante os dados referidos no decorrer desta manifestação demonstrarem que o transporte adequado seja um problema efetivo para as mulheres privadas de liberdade, isso não se traduz no Brasil em ações perante o Judiciário. Essa ausência de questionamentos judiciais, contudo, provavelmente é fruto da histórica dificuldade de acesso à justiça por parte de pessoas privadas de liberdade no país.

66. Tendo em vista as informações apresentadas, consideramos que a Corte IDH deve adotar como parâmetros de condições mínimas para a realização do trânsito de mulheres grávidas:

- (1) o transporte deve ser feito por meio de um veículo apropriado, como uma ambulância;
- (2) o transporte nunca deve ser feito em viatura policial;
- (3) uma agente feminina, que tenha sido orientada para lidar com esse tipo de situação, deve acompanhar a mulher grávida;
- (4) também deve estar presente alguém da equipe médica; e
- (5) em nenhuma hipótese deve ser usado algum tipo de imobilizador ou instrumento semelhante, tendo em vista a vulnerabilidade do transporte dessa grávida.

⁹⁵ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf>; Acesso 02 de Outubro de 2020.

D) QUAL O ALCANCE DO DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO, NO CONTEXTO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE, DAS MULHERES GRÁVIDAS, EM PÓS-PARTO E LACTANTES, A RESPEITO DA INFORMAÇÃO RELATIVA A SUA CONDIÇÃO ESPECIAL?

67. No art. 10, alínea h, da CBP, é transposta a garantia ao acesso a material informativo específico, que servirá para o zelo da saúde e do bem-estar da família. É inclusa a salvaguarda ao acesso ao material informativo sobre a saúde feminina, uma vez que comumente mulheres assumem o papel reprodutivo das famílias constituídas. Já no art. 16, é resguardado à mulher o direito de acesso à informação e à educação que permitam a prática do direito de decidir o quantitativo de filhos que terá, assim como o intervalo que preferir entre as fases de gravidez.

68. Já nas Regras de Bangkok, mais especificamente na Regra 17, discorre-se sobre a educação e informação que mulheres presas receberão em relação a medidas preventivas de saúde, assim como, também, sobre problemas de saúde específicos às mulheres. Nesse sentido, é possível traçar um engajamento informativo em relação à saúde. Possíveis complicações durante o parto e o pós-parto deverão enquadrar-se nessa cartilha, sendo as mulheres privadas de liberdade informadas sobre as especificidades medicinais que a gestação e o período posterior a ela acarretam.

69. A Constituição Federal brasileira garante o direito ao acesso à informação a todos em seu art. 5º, XIV⁹⁶, e ainda complementa, no inciso XXXIII do mesmo artigo que os órgãos estatais têm o dever de prestar toda informação relevante que não seja protegida por sigilo⁹⁷. Nesses dispositivos, é evidenciado o caráter universal desse direito, bem como se atribui ao Estado um papel central para garanti-lo, uma vez que os órgãos públicos têm a responsabilidade de serem vetores de certas informações. Aqui, há de falar-se sobre a obrigação estatal de obedecer ao princípio da transparência, materializado na Lei de Acesso à Informação⁹⁸, instituída para salvaguardar tal direito⁹⁹.

⁹⁶ “Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”.

⁹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

⁹⁸ BRASIL. *Lei de Acesso à Informação*. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.

⁹⁹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Acesso à Informação*. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14.

70. Nesse contexto, com uma abordagem mais ampla para todo o território nacional, o Departamento Penitenciário Nacional (“DEPEN”) elaborou, em 2020, recomendações de procedimentos quanto à custódia de mulheres no sistema prisional brasileiro¹⁰⁰. Dentre eles, destaca-se o procedimento de recepção às mulheres grávidas presas ao serem encaminhadas à unidade prisional feminina, que determina que cabe ao gestor prisional ser responsável por: a) perguntar à mulher presa se ela possui filhos menores de idade, sendo a resposta positiva, perguntar a localização dos filhos; b) informar imediatamente sobre a condição de prisão da mãe e da necessidade de atenção à gestação – descrevendo com clareza as informações ditas pela mãe sobre a criança –, por meio de ofício, de *e-mail* e de telefone, à Vara da Infância e Juventude, Conselho Tutelar da localidade de residência informada pela mulher presa, Defensoria Pública do Estado e à Vara de Execuções Criminais ou Vara de Execuções Penais; c) perguntar se a mulher grávida possui alguma doença no pulmão, no coração, no rim ou no fígado, tuberculose, distúrbio metabólico (incluindo *diabetes mellitus*), transtorno mental que possa afetar a função respiratória, necessidade de medicamentos para aumentar a imunidade, como câncer, HIV/aids e outros; d) caso haja apenas suspeita de gravidez, antes de incluir a presa com as demais, providenciar teste; e) organizar de imediato a consulta médica para que seja examinada a saúde da pessoa presa; f) passado tempo de triagem, alocar a gestante em espaço de vivência específico; e g) registrar as informações por meio de formulários ou sistemas informatizados destinados a essa finalidade.

71. No que diz respeito à mulher enquanto gestante, em pós-parto e lactante, pode-se inferir que seu direito ao acesso à informação converge com alguns dispositivos da Lei Orgânica da Saúde¹⁰¹, especialmente, o art. 7º, V e VI, que estabelecem, respectivamente, “o direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” e “a divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário”, como princípios dirigentes às ações e aos serviços do Sistema Único de Saúde (“SUS”). Assim, compreende-se que o direito ao acesso à informação da mulher gestante e lactante se relaciona com o fato de ter acesso ao conhecimento sobre procedimentos básicos de saúde no que diz respeito à sua condição, e sobre cuidados necessários que devem ser tomados para si e para o bebê.

¹⁰⁰ SEI/MJ Nota Técnica n.º 17/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.

¹⁰¹ BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde*. Lei n.º 8.008, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

72. Além da utilização de formulários como disposto acima, um outro meio de garantir o direito ao acesso à informação seria por meio do contato com o exterior da unidade prisional. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal determina em seu art. 41, XV, que constitui direito do preso “o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”¹⁰². Isso dialoga, portanto, com a Regra 70 das Regras de Bangkok¹⁰³ e com o Princípio XVIII – contato com o mundo exterior – dos Princípios e Boas Práticas sobre as Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas¹⁰⁴, considerando as diferentes formas que a mulher gestante ou lactante privada de liberdade tem acesso à informação. Assim, considera-se o contato com o mundo exterior, a partir das visitas familiares, do acesso a materiais educativos, inclusive por meio de palestras, além das consultas médicas, como um importante fator para o alcance do direito à informação dessas mulheres.

73. No âmbito das políticas públicas, pode-se destacar, no cenário brasileiro, a já citada Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (“PNAMPE”)¹⁰⁵, instituída pela Portaria 210, de 16 de janeiro de 2014, do Ministério da Justiça.

74. A portaria traz uma série de disposições relevantes para o tema do acesso à informação. No inciso I do art. 4º, é estabelecido um longo rol que orienta a criação e reformulação de bancos de dados em âmbito estadual e nacional sobre o sistema prisional. Já o inciso II do mesmo artigo estimula os órgãos estaduais de administração prisional a promoverem a efetivação dos direitos fundamentais, considerando, entre outras peculiaridades, a questão da maternidade. Aqui, destaca-se também o art. 6º, que estabelece que “as unidades prisionais deverão providenciar a documentação civil básica que permita acesso das mulheres, inclusive das estrangeiras, à educação e ao trabalho”.

¹⁰² BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei nº7.210, de 11 de julho de 1984.

¹⁰³ É determinado na Regra 70: “1. (...) 2. Publicação e disseminação da pesquisa e exemplos de boas práticas deverão formar elementos amplos de políticas que visem melhorar os resultados e a igualdade das respostas do sistema de justiça criminal para mulheres infratoras e seus filhos. 3. Os meios de comunicação, o público e aqueles com responsabilidade profissional no que se refere às mulheres presas e infratoras terão regular acesso a informações empíricas acerca dos temas contemplados nessas regras e sobre sua implementação. 4. (...)”.

¹⁰⁴ O princípio XVIII – Contato com o mundo exterior – expõe que “As pessoas privadas de liberdade terão direito a receber e enviar correspondência, sujeitando-se às limitações compatíveis com o Direito Internacional; e a manter contato pessoal e direto, mediante visitas periódicas, com seus familiares, representantes legais e outras pessoas, especialmente pais, filhos e filhas e respectivos cônjuges. Terão direito a ser informadas sobre os acontecimentos do mundo exterior pelos meios de comunicação social e por qualquer outra forma de comunicação externa, em conformidade com a lei.”.

¹⁰⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional. *Portaria n.º 210*, de 16 de janeiro de 2014.

75. O Conselho Nacional da Justiça (CNJ), em 2012, elaborou um documento destinado às mulheres presas: a Cartilha da Mulher Presa, com o intuito de informar e explicar a essas mulheres seus direitos e deveres. Este documento traz os artigos da Lei de Execução Penal explicados de maneira acessível, além de apresentar informações de assistência jurídica e dicas de saúde. Entretanto, no próprio site do CNJ consta que apenas 12 estados (Amapá, Ceará, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Roraima, São Paulo e Tocantins) receberam este documento.¹⁰⁶ Isso mostra a necessidade de uma política pública que integre todos os estados, para que documentos como este sejam fornecidos a todas as presas.

76. Com base no texto acima, consideramos que a Corte IDH deve adotar como parâmetros mínimos para estabelecer o nível instrucional das mulheres privadas de liberdade acerca de seus direitos como gestantes e no trabalho de parto:

- (1) elaboração de cartilhas educacionais por órgãos públicos, como a Defensoria Pública, sendo que tais cartilhas devem sempre visar a instruir às mulheres sobre seus direitos, especialmente no tocante à sua saúde e bem estar;
- (2) disponibilizar o documento intitulado “Plano de Parto”, preconizado pela Organização Mundial da Saúde, que elenca leis que objetivam conter a violência obstétrica, além de reafirmar outros direitos existentes na hora do parto, tais como a escolha de um acompanhante;
- (3) desenvolvimento de aulas informativas a respeito de quais direitos as mulheres grávidas, puérperas ou lactantes privadas de liberdade possuem;
- (4) garantia de informação sobre os meios pelos quais as mulheres privadas de liberdade podem obter seus direitos;
- (5) concessão de prisão domiciliar no lugar da prisão preventiva às mulheres grávidas, puérperas ou lactantes;
- (6) garantia de assistência às mulheres privadas de liberdade que queiram entrar com pedido de prisão domiciliar; e
- (7) estimular a criação de relatórios e bancos de dados que abordem especificamente às condições das mulheres gestantes, em pós-parto e lactantes nos estabelecimentos penais, de maneira ampla e acessível.

¹⁰⁶ AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Estados receberão 44 mil cartilhas com orientação para presos*. 10 dez. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estados-receberao-44-mil-cartilhas-com-orientacao-para-presos/>. Acesso em 14 jan. 2021.

E) NOS CASOS DE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE COM FILHOS OU FILHAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA QUE SE ENCONTRAM FORA DO ESTABELECIMENTO CARCERÁRIO, QUE MEDIDAS ESPECÍFICAS DEVEM SER ADOTADAS PELOS ESTADOS A FIM DE ASSEGURAR QUE MÃE E FILHO OU FILHA MANTENHAM UM VÍNCULO ESTREITO COMPATÍVEL COM SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS?

77. Os dados referentes às crianças nesse período cujas mães estão em situação de privação de liberdade são de difícil acesso nas estatísticas oficiais dos países da América Latina. No Brasil, após a edição da Lei n.º 13.257/16, tornou-se obrigatória a informação sobre número de filhos e suas idades no auto de prisão em flagrante. Todavia, tanto o Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹⁰⁷, quanto o Infopen Mulheres¹⁰⁸, apesar de conterem a quantidade de filhos de cada mulher, só registram a idade daqueles que vivem nos estabelecimentos prisionais.

78. Em relação aos parâmetros internacionais, as Regras de Mandela preveem, entre outros: (i) a permanência da criança com a mãe, sendo a escolha feita com base no melhor interesse da criança (art. 29.1); (ii) a necessidade de infantário dotado de pessoal qualificado (art. 29.1.a); e (iii) a vedação de revistas íntimas de crianças (art. 60.1).

79. Já nas Regras de Bangkok, há disposições sobre a maternidade que se desenvolve na prisão, ou seja, no período em que a criança permanece com a mãe no estabelecimento prisional, e outras que facilitam a perpetuação do vínculo materno, mesmo quando a mãe está presa sem a presença dos filhos.

80. Consta nas normas sobre a maternidade que se desenvolve na prisão o seguinte: vedação do isolamento disciplinar para mulheres com filho ou em período de amamentação (Regra 22); necessidade de adoção de regime prisional flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres lactantes e com filhos (Regra 42); necessidade de

¹⁰⁷ Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁰⁸ O Infopen Mulheres é a versão do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias acerca das mulheres, sua publicação visa contribuir para “identificar perfis específicos das mulheres em situação de privação de liberdade, e para a melhoria das práticas institucionais, bem como para as pesquisas e formulação de políticas públicas de proteção a este público”. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

acomodação de mulheres presas, garantindo o acesso a materiais para cuidados pessoais de crianças e das mulheres que amamentam (Regra 5); dever de que serviços de saúde da prisão deverão considerar necessidades de mulheres com crianças (Regra 15); acesso a serviços de saúde a crianças vivendo com as mães (Regra 51.1).

81. Já as normas que garantem o vínculo materno são: possibilidade de suspensão da privação de liberdade para as mulheres com filhos por um período razoável, a fim de que ela providencie cuidados aos filhos, devendo ser aplicada toda vez que ela não tiver pessoas próximas para tal (Regra 2); necessidade de tentar evitar penas privativas de liberdades para mulheres com filhos, salvo crime grave ou violento ou quando a mulher representar ameaça contínua (Regra 64); vedação de sanção disciplinar de proibição de contato com a família e de isolamento para mulher com filhos (Regras 22 e 23); dever de os funcionários da prisão demonstrarem respeito e dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou em visitas (Regra 21); necessidade de que visitas que envolvam crianças sejam feitas em ambiente próprio (Regra 28); e dever de oportunidade e facilitação de encontro entre crianças e mães (Regra 52.2).

82. No contexto brasileiro, o art. 13 da Lei n.º 13.257/14, Marco Legal da Primeira Infância, designa que todos os entes federativos devem buscar o fortalecimento e a formação de vínculos familiares, apoiando a participação das famílias em redes de proteção da criança. Da mesma forma, quanto à constituição e consolidação de vínculos familiares, o art. 14, §3º, estipula que as famílias com crianças na primeira infância devem receber informações sobre maternidade e aleitamento materno.

83. Ainda acerca da amamentação, consoante o art. 83, §2º da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), os estabelecimentos prisionais destinados a mulheres devem conter espaços destinados a essa atividade, além de berçários para o devido cuidado de crianças de até 6 (seis) meses de idade.

84. A Lei n.º 13.257/14, ainda, conferiu nova redação ao art. 19 da Lei n.º 8.069/90: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

85. A Lei n.º 12.962/14¹⁰⁹ buscou incluir na Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispositivos para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, garantindo visitas periódicas

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n.º 12.962, de 8 de abril de 2014. Brasília, DF, Congresso Nacional, 8 abril 2014.

promovidas pela pessoa ou entidade responsável (art. 19, §4) e a manutenção do poder familiar ainda que a mãe venha a ser condenada criminalmente, exceto se crime for praticado contra o filho ou outro familiar (art. 23).

86. Por fim, convém citar a Lei n.º 13.769/18, que instituiu o art. 318-A do Código de Processo Penal¹¹⁰ e incluiu o §3º ao art. 112 da Lei de Execução Penal. A primeira dessas mudanças permitiu que a prisão preventiva imposta às mães seja convertida em prisão domiciliar. A segunda possibilitou a flexibilização das regras de progressão de regime de condenadas mães ou responsáveis por crianças.

87. No tocante às medidas de substituição da pena privativa de liberdade, no Brasil, tem-se a conversão da prisão preventiva em domiciliar. Desde o Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP¹¹¹, julgado no dia 20 de fevereiro de 2018, a jurisprudência dos tribunais superiores manteve-se no sentido de concessão da substituição. Todavia, alguns estados não têm decidido da mesma maneira.

88. Por fim, acreditamos que a Corte IDH deveria adotar os seguintes parâmetros para garantir o vínculo das mulheres presas com seus filhos durante a primeira infância:

- (1) substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas ou prisão domiciliar, quando os crimes não envolvem violência;
- (2) estabelecimento de instalações especiais para as mulheres que acabaram de dar à luz, bem como para as lactantes, a fim de que haja um espaço digno e minimamente privado para essas fases;
- (3) permissão da permanência da criança com a mãe no decorrer da primeira infância;
- (4) estabelecimento de creche e berçários para as crianças, com estrutura para seu desenvolvimento, de forma que ela não se sinta também aprisionada;
- (5) disponibilidade diária de assistência médica pediátrica no período que a criança permanece com a mãe na prisão;
- (6) possibilidade de suspender a pena privativa de liberdade da mulher por um período adequado até que ela consiga providenciar os cuidados dos filhos na sua ausência;
- (7) criação de um espaço diferenciado para visitas de crianças às mães;
- (8) vedação de sanção disciplinar de proibição de contato com a família;
- (9) organização de visitas periódicas, fora do estabelecimento prisional, das mulheres presas aos filhos; e

¹¹⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF, Congresso Nacional, 3 out 1941.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n.º 143641/SP**, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 fev 2018. Lex: jurisprudência do STF. Disponível em: f. Acesso em: 16 set 2020.

(10) possibilidade e preferência da decisão acerca da guarda dos filhos ser tomada pela mãe, com participação efetiva da criança, salvo nos casos de crimes contra o menor.

89. Assim, pelos instrumentos internacionais e situações analisadas, acreditamos que a Corte IDH deve promover um diálogo, utilizando a influência das normativas dos demais sistemas de proteção aos Direitos Humanos, especialmente as Regras de Bangkok, e das normas protetivas à maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, para servir de base para os parâmetros a serem descritos nesta Opinião Consultiva.

90. Por fim, vale ressaltar que todas essas obrigações específicas em matéria de alimentação, vestuário, assistência médica, educação sexual, cuidados no trabalho de parto, pré-natal, trabalho pós-parto e os cuidados específicos envolvendo as mulheres privadas de liberdade com filhos pequenos é especialmente relevante ao empregar uma abordagem interseccional, que considere as profundas opressões de classe, raça e gênero, que reproduzem e ampliam os efeitos nefastos de uma seletividade penal no encarceramento feminino, que impacta injusta e desproporcionalmente mulheres negras, pobres e em situação de vulnerabilidade¹¹².

¹¹² BOITEUX, Luciana; FERNANDES, Maíra Costa, PANCIERI, Aline Cruvello. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. In: *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

8. PESSOAS LGBT PRIVADAS DE LIBERDADE: PARÂMETROS PARA PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS COMPETEM AOS ESTADOS PARA GARANTIR QUE AS PESSOAS LGBT GOZEM DE CONDIÇÕES DE DETENÇÃO QUE SEJAM ADEQUADAS, ATENDENDO A SUAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES?

91. As pessoas LGBT privadas de liberdade sofrem um impacto desproporcional da violação massiva de direitos humanos oriunda do Estado de Coisas Inconvencional relativo às condições de detenção dos presídios na América Latina. No Brasil, a LGBTfobia estrutural assola o país dentro e fora das prisões, por parte tanto de agentes públicos quanto de entes privados.

92. A CADH estabelece uma obrigação geral de respeitar e garantir direitos que exige que o Estado proteja e promova direitos humanos de todos de forma adequada para preservar a sua dignidade, integridade física, psíquica e moral. Para responder às obrigações específicas sobre as condições de detenção adequadas para as pessoas LGBT, buscou-se extrair os parâmetros sobre o tema do âmbito do SIDH, considerando relatórios da CIDH e casos da Corte IDH direta ou indiretamente relacionados ao tema.

93. Casos específicos sobre LGBT privados de liberdade ainda são escassos. A Corte estabeleceu parâmetros de caráter mais geral no caso *Attala Riffo vs. Chile* (2012)¹¹³ e na OC-24/2017¹¹⁴, relativos à obrigação de promover políticas públicas para desarticular preconceitos e discriminações nos espaços públicos e privados. A Corte IDH também julgou casos relativos à pensão para casais do mesmo do mesmo sexo, no caso *Duque vs. Colombia* (2016), e sobre a punição de supostos atos homossexuais em ambientes militares, no caso *Flor Freire vs. Ecuador* (2016).

¹¹³ LEGALE, Siddharta; MUNIZ, Natália Soprani; AMORIM, Pedro. O caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile* da Corte IDH (2012): a obrigação estatal de desarticular preconceitos. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/atalariffo/>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹¹⁴ LEGALE, Siddharta; CAMINHA, Ana Carolina de Azevedo Caminha; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva Ribeiro. Opinião Consultiva n.º 24/17: Identidade de gênero, igualdade e não discriminação à casais do mesmo sexo *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-no-24-identidade-de-genero-igualdade-e-nao-discriminacao-a-casais-do-mesmo-sexo/>. Acesso em 14 jan. 2021.

94. Mais recentemente, a Corte reconheceu violações aos direitos de uma vítima que foi detida arbitrariamente em uma delegacia e violentada por policiais, no caso *Azul Rojas Marín e outra vs. Peru* (2020). Azul, que, à época identificava-se como um homem cis homossexual, mas que hoje se identifica como uma mulher transexual, sofreu diretamente a LGBTfobia estrutural que permeia os órgãos de aplicação da justiça – contudo, o caso não possibilitou, à Corte IDH, estabelecer parâmetros sobre pessoas LGBT privadas de liberdade, devido ao caráter extraoficial e relativamente curto da detenção da vítima. Atualmente, tramitam ainda na Corte IDH casos sobre violência contra pessoas trans (*Vicky Hernandez e outros vs. Honduras*) e contra a discriminação com base em orientação sexual (*Pavez Pavez vs. Chile*)¹¹⁵.

95. No plano normativo, apenas em 20 de fevereiro de 2020 entrou em vigor a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Isso ocorreu depois de 7 anos da elaboração do tratado, quando, enfim, a ratificação do México somou-se à do Uruguai. Esse é primeiro tratado regional americano a positivar de forma clara e direta a proteção contra discriminações e preconceitos por conta da orientação sexual e identidade de gênero.

96. Apesar disso, é importante que a Convenção de Belém do Pará contra a violência e discriminação de gênero contra a mulher seja interpretada à luz do princípio *pro persona* (art. 29 da CADH) para englobar também a proteção das pessoas LGBT, considerando as especificidades de mulheres lésbicas e de mulheres transexuais.

97. A construção de um Estado Convencional de Direito pressupõe que os Poderes do Estado (Legislativo¹¹⁶, Executivo e Judiciário) não permitam que pessoas sejam discriminadas ou violentadas por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Para tanto, o Estado tem o dever de construir políticas públicas para desarticular preconceitos e extirpar a violência por parte dos agentes públicos e dos entes privados, que conduzem aos elevados níveis de assassinatos, violência e exclusão das pessoas LGBT em geral e das pessoas transgênero em particular.

¹¹⁵ Para um panorama completo do repositório de casos do SIDH sobre direitos LGBT, cf. SOUZA LIMA, Lucas A. A. de. *No dia do Orgulho LGBTI, conheça as perspectivas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cosmopolita.org/post/no-dia-do-orgulho-lgbti-conhe%C3%A7a-as-perspectivas-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹¹⁶ A Clínica IDH/UFRJ já teve a oportunidade de denunciar para a CIDH os inúmeros projetos de lei e leis brasileiras violadoras de direitos das pessoas LGBT. Cf. Clínica Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório por conta da visita in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 09 de novembro de 2018 – O Legislativo Brasileiro e os Direitos das Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo no Brasil*. Disponível em: <https://nidh.com.br/relatorio-da-clinica-idh-ufrrj-para-comissao-interamericana-direitos-lgbti/>. Acesso em 14 jan. 2021.

B) COMO DEVEM OS ESTADOS LEVAR EM CONTA A IDENTIDADE DE GÊNERO COM A QUAL SE IDENTIFICA A PESSOA NO MOMENTO DE DETERMINAR A UNIDADE EM QUE DEVE INGRESSAR?

98. Os Estados devem considerar a identidade de gênero nos processos de privação da liberdade para garantir a proteção dos direitos à vida e à integridade física, psicológica e moral das pessoas LGBT.

99. Em relação às mulheres trans, deve-se interpretar a Convenção de Belém do Pará como um instrumento vivo, de modo a englobá-las na categoria do “feminicídio”, considerando a necessidade de proteção efetiva desse grupo hipervulnerabilizado.

100. A privação de liberdade de uma mulher trans, por exemplo, em um estabelecimento de privação de liberdade masculino além de violar o seu direito à identidade de gênero – e, conseqüentemente, a sua integridade psíquica –, já reconhecido pela Corte IDH na OC-24/2017, tende a facilitar violações a sua integridade física.

101. As reivindicações jurídicas das pautas trans são um marco da contemporaneidade, promovendo a superação do binarismo de gênero¹¹⁷. Sujeitos que até pouco tempo sequer eram entendidos como “sujeitos”, hoje buscam seu reconhecimento como membros do ordenamento que garante direitos a “sujeitos de direitos”. O empecilho que encontram, porém, é essencialmente a materialização de um binômio: o sistema jurídico nacional não foi pensado para contemplar a existência de seus corpos; as normas jurídicas não foram redigidas nem pensadas de modo a contemplar sujeitos que transgridam o polo “masculino” ou o polo “feminino”, ou, ainda, que busquem uma interseccionalidade entre eles.

102. As normas jurídicas categorizam os sujeitos quando elencam os destinatários de suas normas. Em uma lógica cis-hétero-binária, sujeitos que extrapolam os limites do que se considera “sexualmente adequado” ficam à margem da própria norma jurídica. É sob esse mesmo prisma que o sistema carcerário nacional categoriza os sujeitos trans, determinando quem cumprirá sentença penal condenatória em que estabelecimento penitenciário. Havendo, na lógica binária, apenas presídios “masculinos” e “femininos”,

¹¹⁷ Sobre a distinção entre sexo e gênero, e questionando que “a formulação de que a biologia é o destino”. Cf. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018, p. 25 e ss. Um manifesto contra esse “contrato social heterocentrado” que pensa nos “corpos como verdades biológicas” é apresentado em PRECIADO, Paul. *Manifesto contrassexual*. São Paulo: n.º1 edições, 2014, p. 21 e ss.

então, onde as pessoas transgênero cumprirão sentença penal condenatória? Mais especificamente, onde mulheres transgênero, travestis, homens transgênero e, ainda, pessoas não binárias cumprirão sentença penal condenatória, de modo que seus direitos não sejam violados?

103. Como já exposto, a Corte IDH, até o momento, não se pronunciou especificamente sobre os direitos de pessoas trans privadas de liberdade, tendo abordado apenas os direitos de pessoas trans de forma geral na OC-24/2017, em que reconheceu a identidade de gênero como um direito decorrente dos arts. 7 e 11 da CADH¹¹⁸, e tratou ainda de questões relativas à retificação de registro¹¹⁹.

104. No que tange à realidade brasileira, foi publicado um relatório, em fevereiro de 2020, pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que realizou um mapeamento nacional das pessoas LGBT privadas de liberdade. Ao todo, 508 unidades de 1499 instituições prisionais no Brasil, dentre masculinas, femininas ou mistas, responderam à pesquisa realizada no segundo semestre de 2016 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹²⁰.

105. Nesse contexto, consta do relatório divulgado pelo ministério que dentro de estabelecimentos prisionais masculinos, de 2523 pessoas LGBTs privadas de liberdade, 455 são travestis e 163 transexuais. No caso das penitenciárias femininas, dentre 2222 LGBTs, apenas 3 são transexuais e não há nenhuma travesti. Nesse sentido, em gráfico do mesmo relatório, pessoas privadas de liberdade que são mulheres trans e travestis majoritariamente se encontram na faixa de idade dos 18 aos 24 anos, sendo 30,8% e 40,9% respectivamente. Já nas outras identidades LGBT, a maioria encontra-se na faixa etária dos 25 aos 29 anos. Pessoas autodeclaradas homens trans não foram suficientes para gerar um dado para a pesquisa.

¹¹⁸ Parecer Consultivo Oc-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitado pela República da Costa Rica. Identidade de Gênero, Igualdade e não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo. Obrigações Estatais em Relação à Mudança de Nome, à Identidade de Gênero e aos Direitos Derivados de um Vínculo entre Casais do Mesmo Sexo (Interpretação e Alcance dos Artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em Relação ao Artigo 1º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), §101.

¹¹⁹ Parecer Consultivo Oc-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitado pela República da Costa Rica. Identidade de Gênero, Igualdade e não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo. Obrigações Estatais em Relação à Mudança de Nome, à Identidade de Gênero e aos Direitos Derivados de um Vínculo entre Casais do Mesmo Sexo (Interpretação e Alcance dos Artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em Relação ao Artigo 1º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), §§117-161.

¹²⁰ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. *LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento*, p. 17. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

106. No relatório consta ainda que, das 508 instituições prisionais avaliadas, 106 –todas masculinas – indicaram ter espaços separados destinados à custódia de travestis, mulheres trans, homens cisgênero homossexuais, bissexuais, e até mesmo homens cisgênero declarados heterossexuais que possuem relações afetivo-sexuais com os grupos citados.

107. Ademais, foi levantado que por volta de 58% das administrações das instituições prisionais concordam com a necessidade da separação. Outro ponto a ser destacado são as frequentes reclamações de superlotação, mesmo dentre essas celas separadas.

108. O relatório faz ainda considerações específicas para cada região do país. Na seção correspondente às regiões Sul e Centro-Oeste, apontaram-se poucos casos de corte de cabelo compulsório para mulheres trans e travestis. De maneira geral, os cortes deram-se na passagem por instituições que não possuíam políticas institucionais voltadas para as pessoas LGBT. No que abrange a grande maioria das mulheres trans e travestis, não há o desejo de transferência para instituições femininas e há recusa por uma transferência compulsória. Esse fenômeno dá-se pelos vínculos afetivos e maior diversidade dentro dos presídios masculinos.

109. Já na região Nordeste, em um panorama geral, não há casos de corte do cabelo das pessoas trans e travestis nas celas reservadas. No entanto, é frequente o corte de cabelo em unidades que não possuem políticas que atendam as demandas da população LGBT. As declarações mais frequentes de travestis e mulheres transexuais, no sentido de que não querem ser transferidas para prisões femininas, permanecem as mesmas do Sul e Centro-Oeste, mas apontaram ainda a necessidade de especialização dos profissionais da segurança em questões que envolvam identidade de gênero e orientação sexual.

110. No contexto do Sudeste, o impacto das facções é intenso nas unidades prisionais e sua administração. Essa influência é consideravelmente maior nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Com relação ao Estado de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (PCC) proíbe o estupro e adota a igualdade como valor da facção. Essas diretrizes trouxeram mudanças consideráveis no caso das mulheres trans e travestis quanto à proteção em casos de violência sexual. Porém, a proibição das práticas sexuais consensuais entre aqueles que estão nas cadeias dominadas pelo PCC, a obrigatoriedade em cortar os cabelos e a proibição das roupas femininas violam a autonomia e identidade dessas mulheres trans. Nesse contexto, em entrevista concedida ao pesquisador antropólogo Marcio Zamboni, Samanta, de 25 anos, sobre as cadeias do PCC, conta que: “para a gente

que é homossexual é ruim demais, é muito sofrimento. A gente fecha com eles, mas tem que usar cabelo curto, não pode usar roupa feminina, não pode ter relação [...]”¹²¹.

111. Ainda em relação ao Sudeste, mais especificamente em relação ao Estado de São Paulo, em levantamento realizado pela Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, 869 pessoas privadas de liberdade declararam-se transgênero. Dentre quem se declarou travesti e mulher transexual, 78% declararam preferência em permanecer na unidade prisional masculina por conta dos vínculos sociais estabelecidos anteriormente nas unidades. Com relação aos homens trans, 82% deles deseja permanecer em unidades femininas, onde a maioria expressiva é designada a cumprir pena por conta do risco de violência sexual¹²².

112. Nesse contexto, quanto aos vínculos estabelecidos entre mulheres trans e travestis nos presídios masculinos, um exemplo ilustrativo é o “barraco das monas” na ala A do Centro de Detenção Provisória (CDP) masculino na Região Metropolitana de São Paulo, onde elas se unem e se organizam enquanto um coletivo para a manutenção do cotidiano no cárcere. Assim, Lola, travesti de 33 anos, conta em entrevista para o pesquisador Marcio Zamboni, que:

É importante a gente ter o nosso barraco por duas razões. Primeiro para a gente ter a nossa privacidade, que não dá para ter no meio de tanto homem. E segundo por uma razão de sentimentos mesmo. Porque a gente entende o que a gente é, que somos homossexuais, e o homem nem sempre entende o que isso significa. Porque enquanto eles jogam bola o dia inteiro a gente está lá costurando, fazendo as nossas coisas. Então a gente pode compartilhar esse sentimento, servir de apoio um para os outros, ou melhor, de uma para as outras, né? De mulher para mulher, por assim dizer.¹²³

113. No plano normativo internacional, a principal fonte jurídica de tutela de direitos das pessoas transgênero é, sem dúvida, os Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, mais conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”¹²⁴. No que tange aos direitos relacionados a pessoas privadas de liberdade, destaca-se o art. 9º do documento, que versa

¹²¹ ZAMBONI, Marcio. *O barraco das monas na cadeia das coisas: Notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário*. 2017, p. 99. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹²² RIBEIRO, Denise. *Pesquisa mapeia população LGBT e trans nos presídios paulistas*. Exame, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pesquisa-inedita-mapeia-populacao-lgbt-e-trans-nos-presidios-paulistas/>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹²³ ZAMBONI, Marcio. *O barraco das monas na cadeia das coisas: Notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário*. 2017, p. 108. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135>.

¹²⁴ Disponível em: <http://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/principiosdeyogyakarta.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

sobre o “Direito a tratamento humano durante a detenção” e traz inúmeras disposições sobre o tema: “b) proibição de interrupção e garantia de continuidade adequada dos tratamentos médicos de transição hormonal; c) autonomia dos detentos e das detentas para opinar, de acordo com sua identidade de gênero e sua condição sexual, o melhor estabelecimento penitenciário para cumprimento da pena”.

114. Porém, o que se verifica no Brasil é um reconhecimento tardio da identidade trans. Foi apenas em 2016 que a então presidenta Dilma, dada a inação do Congresso Nacional, publicou o decreto 8.727/2016, reconhecendo o nome social e garantindo-o no âmbito da administração pública federal. Ainda mais tarde, apenas em 2018, com o julgamento da ADI 4.257, é que foi reconhecida a possibilidade de retificação do nome, gênero e sexo administrativamente pelas pessoas trans. Por fim, foi apenas em 2019, por meio da portaria n.º 1.370/2019, que o Sistema Único de Saúde passou a regularizar definitivamente a possibilidade de cirurgia de transgenitalização gratuita para homens trans (apesar de já haver um Processo Transexualizador no âmbito do SUS desde 2008, com a portaria n.º 457/2008, e que foi ampliado em 2013, com a portaria n.º 2.803/2013, que já permitia a realização de cirurgias de transgenitalização para mulheres trans e tratamentos hormonais para pessoas trans em geral). Assim, tal reconhecimento tardio da identidade trans retarda as demandas relacionadas, também, ao regime adequado para cumprimento de pena em estabelecimento penitenciário adequado.

115. A Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação n.º 1 versa sobre o modo como pessoas LGBT devem ser tratadas quando cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimento penitenciário. Ela foi responsável por efetivar garantias importantíssimas sobre o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas nesse contexto. O art. 4º da resolução dispõe que “As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas”, por questões de segurança; e enfatiza, em seu parágrafo único que “Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade”. Travestis e homens gays cumpririam pena em estabelecimento penitenciário masculino, porém em alas separadas e específicas.

116. Com base nessa resolução, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) ajuizou a ADPF n.º 527, posto que alguns juízes de execução penal, de acordo com a própria petição da ABGLT, aplicavam a lei de maneira distinta da esperada, alegando, basicamente, que: (i) “as presidiárias cisgênero teriam sua

dignidade e integridade postas em risco se fossem confinadas com mulheres transgênero”; e (ii) a possibilidade de “ocorrer relação sexual forçada não é percentualmente desprezível”. Nesse escopo, a ação requeria uma nova interpretação dos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, da Resolução Conjunta.

117. O pedido, inicialmente, requeria que fosse determinado que travestis e transexuais cumprissem pena em estabelecimentos penitenciários femininos. Contudo, a requerente, posteriormente, alterou o pedido, reivindicando que o STF declarasse que travestis e transexuais pudessem optar pelo tipo de estabelecimento em que cumpririam pena. No acórdão, o min.º Barroso positivou um entendimento retrógrado e cisnormativo, que ratifica anseios conservadores pela consonância entre gênero e genitália: determinou que mulheres transexuais seriam aquelas que “tivessem realizado a cirurgia de transgenitalização” e que elas, juntamente com os homens transexuais, poderiam cumprir pena em estabelecimento penitenciário feminino; porém, as travestis, que segundo o acórdão seriam aqueles com identidade de gênero inespecífica, por “assumirem identidade feminina mas não reprovarem seu pênis”, deveriam cumprir sentença penal condenatória em estabelecimentos penitenciários masculinos, assim como os homens gays¹²⁵. Nota-se nessa divisão, uma clara associação da categoria “travesti” muito mais ao universo masculino que ao feminino, em razão da genitália (do pênis). Explicita-se, assim, o anseio da Corte pela adequação cisnormativa entre “pênis-homem” e “vagina-mulher”.

118. Na linha dessa última questão suscitada, acerca das travestis, cabe citar ainda o Habeas Corpus (“HC”) n.º 413.829 (STJ) – originário HC 152.491/SP. No caso, primeiramente, deve-se destacar que sequer há consolidação da real identidade de gênero da apenada. Ora o min.º Barroso a denomina “travesti”, ora a denomina “transexual”, o que, à luz da ADPF 527, importa muito. Demonstra-se como importante orientação, no julgado, para além das problematizações suscitadas, é que, apesar de negar o HC, o STF determinou

ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente Pedro Henrique Oliveira Polo (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais.¹²⁶

¹²⁵ STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, n.º 527, 26 de junho de 2019. Rel. min.º Luís Roberto Barroso. DIREITO DAS PESSOAS LGBTI. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS. UNIDADES PRISIONAIS EM QUE DEVE OCORRER O CUMPRIMENTO DE PENA. PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS FÍSICOS E PSÍQUICOS. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA). 2019.

¹²⁶ STF. Habeas Corpus n.º 413.829 (STJ). Paciente: Pedro Henrique Oliveira Polo (nome social Laís Fernanda). Rel. Min.º Luís Roberto Barroso. São Paulo, SP, Brasil. PROCESSUAL PENAL. HABEAS

119. Como mais recente mudança, em 2 de outubro de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante a 74ª sessão do Plenário Virtual, aprovou o Ato Normativo 0003733-03.2020.2.00.0000, que determina que a população LGBT condenada seja direcionada para instituições prisionais correspondentes com seu gênero autodeclarado e que essa autodeclaração deverá ser colhida em audiência. Assim, em caso de pessoa autodeclarada LGBT, a instituição prisional será determinada pelo magistrado em decisão fundamentada após consultar essa pessoa em relação a sua escolha, que poderá ocorrer em qualquer momento do processo penal ou execução da pena. Nesse contexto, em caso de pessoas LGBT que sofram violência, a resolução determina que o juiz deverá priorizar os pedidos de transferência para outra unidade.

120. O documento, dentre as considerações que merecem destaque, considerou os tratados internacionais, os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-24/2017 e os princípios de Yogyakarta. A resolução está prevista para entrar em vigor 120 dias após sua publicação, conforme seu art. 18.

121. Ainda que, provavelmente, a implementação dessa resolução enfrente obstáculos no plano interno, entende-se que ela adota o parâmetro mais protetivo para as pessoas trans, que deveria ser reproduzido pela Corte IDH: a análise caso a caso, com o questionamento da pessoa detida sobre a sua preferência e o respeito por ela, com a consequente designação da pessoa ao tipo de estabelecimento desejado.

C) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS PARA PREVENIR TODO ATO DE VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS LGBT PRIVADAS DA LIBERDADE QUE NÃO IMPLIQUEM SEGREGAÇÃO DO RESTANTE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA?

122. A Corte IDH já demonstrou preocupação com a violência contra pessoas LGBT privadas de liberdade especificamente em um presídio brasileiro nas resoluções de 15 de

novembro de 2017 e 28 de novembro de 2018 no âmbito do Assunto do Presídio de Curado¹²⁷.

123. Para compreender-se o cenário de agressões e violências sofridas pela comunidade LGBT no sistema carcerário brasileiro, é necessária a análise dos pilares dessa conjuntura, os quais consistem em: a superlotação dos presídios; o tratamento que o presidiário sofre no processo de admissão; a designação do grupo supracitado às unidades prisionais masculinas; e as estruturas de poder que se constroem a partir de paradigmas estigmatizados do *corpus* social.

124. Tratando-se do primeiro pilar apresentado, o sucateamento do sistema prisional brasileiro, principalmente no que concerne ao número de vagas, aumentou. Nesse sentido, a superlotação do sistema penitenciário é algo presente, e, segundo a INFOPEN (Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional), em junho de 2016, a quantidade de presos era por volta de 726.712, o que correspondia a uma taxa de 97% acima da capacidade de vagas ofertadas. Além disso, em uma margem de doze anos, de 2004 até 2016, a população carcerária cresceu 100%, ou seja, 8,5% ao ano. Isso significa que o número de vagas não consegue corresponder ao número de detentos que são inseridos nos presídios¹²⁸.

125. Com o número de detentos presos excedendo as vagas nas penitenciárias, o surgimento de facções criminosas, isto é, grupos compostos por apenados que se organizam e se consolidam, torna-se algo comum e propício de ocorrer, o que demonstra a violação de garantias constitucionais – como o direito à igualdade –, e acarreta a instauração de um cenário em que a dinâmica imposta é a da “lei do mais forte”. Uma vez instaurado um cenário prisional violento, insalubre e, difícil de habitar-se, diversos direitos humanos são violados, especialmente em se tratando de presos pertencentes à comunidade LGBT, que sofrem intensa discriminação e práticas violentas¹²⁹.

126. No que concerne à inclusão no sistema carcerário, frequentemente o preso tem sua obediência testada por agentes públicos, desde o momento que adentra na viatura, podendo vir a sofrer provocações e pequenas humilhações, até a unidade prisional, onde cumprirá

¹²⁷ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 15 de novembro de 2017. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §110, vi e Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado §165, 5. i.

¹²⁸ Dados disponíveis em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>.° Acesso em 14 jan. 2021.

¹²⁹ CARVALHO, Eder Aparecido de. PAULA, Alexandre da Silva de. KODATO, Sergio. Diversidade sexual e de gênero no sistema prisional: discriminação, preconceito e violência. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, v.9, n.º1, jan.-jun.º 2019, pp.253-73.

pena. Dentro do cárcere, os novatos são submetidos a uma posição de submissão em relação aos presos veteranos. Logo, esse novo detento tem suas atitudes controladas e cerceadas por um novo código, que consiste em regras e barreiras impostas pelos presidiários – que na ausência do poder institucional, criam relações de hierarquia dentro do cárcere¹³⁰.

127. Ressalta-se, ademais, a carência de alas destinadas especificamente à comunidade LGBT no sistema carcerário, o que implica em sua má distribuição. Assim, conforme observado no documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, o total de vagas em celas LGBT em 2019 correspondia a 2048 vagas, enquanto o nível de ocupação era de 2302 vagas¹³¹. Dessa forma, não há uma correta e regular distribuição no âmbito prisional, o que também propicia a não instauração de uma ordem institucional que consiga efetivamente administrar e proteger a comunidade LGBT nas prisões, de forma a impedir práticas violentas contra esses indivíduos.

128. Para entender-se como as relações de submissão ocorrem no cárcere, urge a necessidade de evocar postulados sociais que vigoram também nesse local. A sociedade estrutura-se a partir da criação da categoria gênero, conforme postulado por Joan Scoot¹³², que consolida as relações de poder e a hierarquia. Dessa forma, a sociedade torna-se binária e as relações afetivas seguirão um padrão de sexualidade heteronormativo. Nesse linear, o uso mais generalizado do conceito de gênero refere-se a uma normatividade feminina edificada a partir da visão construída nas sociedades patriarcais.

129. Para além da categoria supracitada, o patriarcado surge de forma a atribuir papéis e lugares designados a ambos os gêneros, os quais irão consistir em: a atuação da mulher restringe-se ao âmbito doméstico e o homem é direcionado a desempenhar tarefas que exigem “mais intelecto”.

¹³⁰ CARVALHO, Eder Aparecido de. PAULA, Alexandre da Silva de. KODATO, Sergio. Diversidade sexual e de gênero no sistema prisional: discriminação, preconceito e violência. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, v.9, n.º1, jan.-jun.º 2019, pp.253-73.

¹³¹ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento, p. 16. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹³² SCOTT, Joan.º Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n.º 2, p.7-99, 1995.

130. A partir disso, no que diz respeito a quem vai contra essa lógica criada e instituída de sexo-gênero-sexualidade¹³³ – neste caso, travestis, transexuais e homossexuais em específico – são os mais afetados, e, em se tratando desses no âmbito penitenciário, a discriminação agrava-se, em razão de o cárcere já ser um cenário propenso a práticas violentas.

131. Frente a essa conjuntura, pode-se dizer que a comunidade LGBT em condição de detenção encontra-se em uma posição mais vulnerável, principalmente quando são encaminhados a presídios masculinos, onde se encontrarão em postura de submissão nas relações com os presos heterossexuais, os quais são considerados como “homens”, pois se encontram dentro do padrão criado que constitui essa categoria.

132. As modalidades de violências e agressões sofridas pelos detentos LGBT em presídios estendem-se, e vão desde a violência física a violências subjetivas, psicológicas.

133. Dentro do cárcere, os LGBTs sofrem discriminação, o que é consolidado por meio das atividades atribuídas a esses de forma obrigatória, como realizar faxina, a limpeza das celas, lavar as roupas e pratos dos presidiários, ou seja: tarefas classificadas como domésticas, atribuídas às mulheres e ao papel que se espera que elas desempenhem na sociedade. Assim, acabam por terem uma jornada exaustiva e duradoura, dado que, caso não cumpram com tais afazeres, serão vítimas de agressões.

134. A discriminação não se estende somente ao âmbito das tarefas, mas também às atitudes dos detentos heterossexuais, quando não aceitam a presença do segmento LGBT nas celas. Por conseguinte, são designados a permanecer no “seguro”, que consiste em uma área isolada, onde ficam os presos que não possuem convivência com os carcerários, e, dentre eles, encontram-se estupradores, membros de facções rivais, dentre outros.

135. Ao grupo em questão é atribuída uma visão de insalubridade, portanto não é permitido que trabalhem na cozinha, ou que sirvam a comida. Também não é permitido que trabalhem na manutenção, pois é considerada tarefa para “homens”. Aos LGBTs também não é garantido o direito de se expressar e, por fim, ainda são violados fisicamente – inclusive sexualmente.

136. Tratando-se de travestis e transexuais, ao adentrarem no cárcere, têm seus cabelos raspados, não podem ingressar com utensílios considerados femininos, como maquiagem, esmalte, e são obrigadas a usarem roupas masculinas, visto que se encontram em unidade

¹³³ JUNIO, Cícero Pereira Eustaquio; BREGALDA, Marília Meyer; SILVA, Bianca Rodrigues. Qualidade de vida de detentos(as) da “Primeira Ala LGBT do Brasil”. *Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades*, Rio Grande do Norte, v. 9, n.º 13, p. 255-77, 2016.

prisional masculina – ou seja, não têm sua identidade de gênero respeitada e frequentemente as transexuais são obrigadas a pararem seu tratamento hormonal, o que acaba interrompendo a transição de gênero¹³⁴.

137. Outrossim, os LGBTs, além de violados pelo sistema carcerário como um todo, são diversas vezes vítimas de homofobia e transfobia por parte de seus próprios familiares, pois muitos não recebem visitas por não serem “aceitos” pelas famílias,

138. Embora não haja dados concretos sobre a violência sofrida pela população LGBT em estabelecimentos prisionais, sabe-se que ela ocorre como um reflexo da violência com cunho discriminatório que acontece no país como um todo. Tendo em vista dados do ano de 2013 relativos a violências sofridas pela comunidade LGBT, compilados pelo Relatório de Violência Homofóbica no Brasil¹³⁵, registraram-se, pelo Disque Direitos Humanos, em torno de 695 denúncias de 3.398 violações, envolvendo 1.906 vítimas e 2.461 suspeitos. Foi posto também que a grande maioria das denúncias de violências homofóbicas são relacionadas a vítimas do sexo biológico masculino (73,0%), já as demais, 16,8%, são do sexo biológico feminino. Ademais, com relação à identidade sexual das vítimas, manteve-se a maioria de não informados (46,8%), seguido de gays (24,5%), travestis (11,9%), lésbicas (8,6%), transexuais (5,9%) e bissexuais (2,3%).

139. Considerando esse contexto e as fontes citadas, mesmo sem dados estatísticos precisos, pode-se afirmar que a violência contra pessoas LGBT é recorrente em presídios brasileiros, em que esse grupo se enquadra em posição de extrema vulnerabilidade, estando sujeito a agressões morais, psicológicas, físicas e verbais, por exemplo.

140. Diante desse quadro, os Estados devem, em primeiro lugar, promover entre os seus agentes a conscientização necessária para que não sejam eles os atores da discriminação e da violência, em primeiro lugar. No contexto de estabelecimentos prisionais, isso significa promover treinamentos para que os agentes penitenciários não promovam tratamentos diferenciados com base em concepções preconceituosas e estereótipos. Essa obrigação corresponde à dimensão de respeito dos direitos, prevista no art. 1.1 da CADH.

141. Em segundo lugar, o Estado tem a obrigação de garantia, também prevista no art. 1.1, que envolve o dever de prevenção de quaisquer atos discriminatórios e violentos, ou,

¹³⁴ CAPELLARI, Mariana Py Muniz. Gêneros Encarcerados: Lgbts no Sistema Prisional Brasileiro. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*, v. 23 n.º 2 (2018).

¹³⁵ Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2013. Brasília, 2016. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/RelatorioViolenciaHomofobicaBR2013.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

após a ocorrência de um ato dessa natureza, a promoção de uma investigação séria e diligente, com a posterior sanção dos responsáveis e reparação das vítimas.

142. No âmbito da investigação e sanção, é fundamental que haja mecanismos adequados para que as vítimas possam denunciar violações sofridas e garantias de que o denunciante não ficará vulnerável a represálias. Além disso, a investigação e um possível julgamento devem ser realizados por órgãos competentes e independentes. Por fim, deve haver ainda uma reparação adequada pela violação.

143. Em relação a medidas preventivas, indica-se a necessidade das administrações penitenciárias estaduais oferecerem e disponibilizarem espaços designados à custódia específica dessa população¹³⁶. Ressalta-se que a instalação de alas LGBT deve atender à demanda de cada unidade prisional¹³⁷, e que os espaços não devem ser utilizados como medida disciplinar ou qualquer método coercitivo¹³⁸. Ao fazer menção à “Missão ao Estado do Mato Grosso do Sul, UNEI Dom Bosco”, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura advertiu que a separação pode levar à segregação da população LGBT e implicar na ausência de atividades, longos períodos de isolamento e até mesmo casos de suicídios¹³⁹. Quando na posição de visitantes, há previsão normativa para que pessoas LGBT não sofram constrangimento nas revistas para ingresso na unidade prisional e tenham disponível mecanismo de registrar violações¹⁴⁰.

144. No que tange às medidas de combate a violência, o relatório “LGBT nas prisões do Brasil” afirma que as denúncias ao sistema de denúncias Disque 100, instalado em 2010,

¹³⁶ Resolução conjunta No 01, de 2014, do CNPCP e CNCND.

¹³⁷ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento, p. 126. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹³⁸ Resolução Conjunta 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, de 15-4-2014. “Art. 3o Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos § 1º Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. § 2o A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.”.

¹³⁹ Cf. MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. *Relatório Anual 2016-2017*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/pdf/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-lanca-relatorio-anual-2016-2017-2>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁴⁰ Resolução 11 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, de 30-1-2014. “Artigo 6º Os procedimentos de ingresso na unidade prisional, de visitantes devidamente cadastrados no rol dos presos e que sejam travestis ou transexuais, para realização de visita comum ou íntima, seguirá o disposto no Regimento Interno Padrão (RIP) em seus artigos 99 a 127, sendo realizada por agente de segurança penitenciária conforme sexo biológico § 1º Caso o (a) visitante tenha feito à cirurgia de transgenitalização, deverá ser identificado(a) e revistado(a) por servidor do mesmo sexo. § 2o O processo de revista deve evitar qualquer forma de constrangimento para os servidores e população assistida, sendo oportuno registrar ocorrências existentes em local apropriado, sendo imediatamente comunicado ao gestor responsável para as medidas cabíveis.”

ainda são raras¹⁴¹⁻¹⁴². Entende-se que ou o desconhecimento ou a falta de acesso ao serviço pelas vítimas podem ser a causa da subnotificação de incidentes¹⁴³. Além disso, a lei estadual n.º 7041 de 2015, do Rio de Janeiro, estabelece sanções para “infrações administrativas a condutas discriminatórias motivadas por preconceito de sexo ou orientação sexual, praticadas por agentes públicos e estabelecimentos localizados no Estado do Rio de Janeiro, ou que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual” (art. 1), inclusive em estabelecimentos prisionais.

D) QUAIS AS OBRIGAÇÕES ESPECIAIS DOS ESTADOS QUANTO ÀS NECESSIDADES MÉDICAS ESPECIAIS DE PESSOAS TRANS PRIVADAS DA LIBERDADE E, ESPECIFICAMENTE, SE FOR O CASO, A RESPEITO DAQUELAS QUE QUEIRAM INICIAR OU CONTINUAR SEU PROCESSO DE TRANSIÇÃO?

145. A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), já citada, promove uma integração do Ministério da Saúde com outros ministérios e busca garantir o acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) para os indivíduos em situação de privação de liberdade no sistema prisional.

146. Para isso, o PNAISP imputa à Rede de Atenção à Saúde (RAS) o meio de estabelecer esse sistema de saúde prisional, tendo a atenção prisional como meio de entrada do sistema de políticas à saúde. Essa integralidade do sistema de saúde envolve um

¹⁴¹ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento, p. 9. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁴² Fora do contexto específico de prisões, outras iniciativas vêm sendo testadas para aumentar a efetividade de medidas preventivas, como o aplicativo da start up social TODXS que firmou parceria com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Ouvidoria-Geral da União. “Aplicativo envia à CGU denúncias de agressão e discriminação a pessoas LGBTI+”, 18 dez, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/12/aplicativo-envia-a-cgu-denuncias-de-agressao-e-discriminacao-a-pessoas-lgbt>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁴³ MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências do encarceramento, p. 9. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021. O documento cita, no entanto, que é comum que movimentos sociais organizados enviem notícias e denúncias ao DPLGBT, Departamento Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, da Secretaria Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – SPMG/MMFDH.

conjunto de ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, recuperação e vigilância em saúde, executadas nos diferentes níveis de atenção.

147. Apesar de dispor dessas alternativas de promoção da saúde de forma universal, garantindo que prisioneiros possam ter acesso ao sistema de saúde estatal, esse documento não se preocupa diretamente com a comunidade LGBT, uma vez que não faz menção específica a esses cidadãos e a suas prerrogativas próprias.

148. A definição de parâmetros específicos para tratamento de pessoas LGBT em regime de privação de liberdade é fundamental, principalmente ao que se refere às travestis e transexuais que se encontram em transição.

149. No plano normativo, cabe destacar a Resolução Conjunta 01/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação à população LGBT (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que traz diversos apontamentos, dentre eles:

Art. 7º – É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional – PNAISP.

Parágrafo único – À pessoa travesti mulher ou homem transexual em privação de liberdade, serão garantidos a manutenção do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.

150. Como se pode observar, o artigo versa sobre a garantia, a toda a população LGBT detida, do direito à atenção integral à saúde a que se refere a PNAISP, que não os havia incluído. Esse artigo é fundamental, portanto, posto que evidencia a necessidade de considerar essa comunidade que se destaca por suas especificidades de exigências para promoção da tutela da saúde almejada.

151. Além disso, esse dispositivo traz consigo a preocupação com a continuidade do tratamento hormonal e acompanhamento especializado a travestis e transexuais, que deles precisam para sequência do processo de transição.

152. Disposição semelhante também foi incluída na Resolução 11, de 30 de janeiro de 2014, da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário e recepciona o decidido pela Resolução Conjunta 01/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação à população LGBT (CNCD/LGBT) e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), assegurando às pessoas que já passaram pela cirurgia

de transgenitalização o convívio em unidades prisionais do sexo correspondente e a atenção à saúde conforme as necessidades específicas da comunidade em questão.

153. Em suma, pessoas transexuais e travestis em situação de cárcere possuem o direito à continuidade do tratamento de transição já garantido pelo Sistema Único de Saúde, mesmo estando dentro do Sistema Penitenciário. Esse direito de tratamento gratuito e promovido pelo SUS existe desde 2008 e permite o acesso a um acompanhamento de multiprofissionais, tratamento hormonal e cirurgia de modificação corporal. Inclusive, homens trans e travestis, anteriormente excluídos, foram enquadrados no Processo Transsexualizador do SUS pela portaria 2803/2013.

154. Todas essas previsões ainda encontram dificuldades de efetivação. Mesmo pessoas trans que não estão privadas de liberdade encontram dificuldades para ter garantido seu direito à saúde, com o efetivo fornecimento da hormonização e da cirurgia de transgenitalização por parte do SUS. Esse contexto, inclusive, está sendo analisado pela CIDH no caso *Luiza Melinho vs. Brasil*, cujo relatório de admissibilidade foi publicado em 2016.

155. Independente disso, o parâmetro adotado pelo art. 7º da Resolução Conjunta 01/2014 é o mais adequado para garantir os direitos das pessoas transexuais, assegurando a manutenção de tratamento hormonal e sua inclusão no mesmo sistema público já existente para a população LGBT em geral.

E) QUE MEDIDAS ESPECIAIS OS ESTADOS DEVEM ADOPTAR PARA ASSEGURAR O DIREITO À REALIZAÇÃO DE VISITAS ÍNTIMAS DE PESSOAS LGBT?

156. A Corte IDH já destacou a obrigação de os Estados garantirem visitas íntimas para pessoas LGBT na Resolução de 23 de novembro de 2016 relativa ao Assunto do Presídio de Curado¹⁴⁴. A CIDH, por sua vez, também determinou essa obrigação no caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo*, cujo relatório de mérito foi publicado em 2018¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2016. Medidas provisórias a respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, §§57 e 58.

¹⁴⁵ Informe No. 122/18, Caso 11.656, Informe de Fondo, *Marta Lucía Álvarez Giraldo*, Colombia, 5 octubre 2018.

157. No Brasil, já há uma série de instrumentos normativos que visam a garantir esse direito à visita íntima para casais do mesmo sexo. A principal mudança veio com a Resolução n.º 4/2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que revogou a Resolução n.º 1/99 de 30 de março de 1999. Enquanto essa se omitia sobre a visita íntima da população LGBT, aquela a prevê expressamente, garantindo segurança jurídica para as solicitações de visita.

158. Imediatamente após a Resolução, começaram a registrar-se casos de autorização para visita íntima entre casais do mesmo sexo por todo o Brasil. Em 2012, já eram pelo menos 196¹⁴⁶.

159. Existe um projeto de lei que pretende garantir esse direito por lei no plano estadual: o Projeto de Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 3079/2017, de autoria da Dep. Enfermeira Rejane¹⁴⁷. O projeto encontra-se, desde agosto de 2019, na Comissão de Constituição e Justiça da ALERJ.

160. Emitiram-se, ainda, inúmeros instrumentos infralegais para regulamentar as visitas: Resolução SEAP/RJ 395, de 21 de março de 2011; Resolução SEAP/RJ 558, de 29 de maio de 2015; Resolução SAP/SP 153/2011; Resolução SAP/SP 11/2014; Nota técnica DEPEN n.º 60/2019; e diretriz n.º 20 do Modelo de Gestão para a política prisional do DEPEN, de 2016.

161. Cabe ressaltar, contudo, que para além de meramente autorizar as visitas, os Estados devem garantir que casais homossexuais não sofram atos de discriminação, assédio ou violência de outras pessoas que estejam no estabelecimento – o que pode envolver a criação de espaços próprios para visitas entre casais do mesmo sexo, ou a sua realização em horários diferenciados. O Estado tem a obrigação de analisar caso a caso a necessidade desse tipo de medida.

162. Além disso, é importante que o Estado considere que presos LGBT não realizam atos sexuais apenas nas visitas íntimas, mas também com seus companheiros de cela. Destarte, é importante que o Estado garanta um ambiente que não discrimine relações homossexuais, bem como distribua preservativos não só nos dias de visita íntima, mas em todos os momentos.

¹⁴⁶ G1. STOCHEIRO, Tahiane. *196 presos homossexuais têm visita íntima no Brasil, aponta levantamento*. 29 fev. 2012. Disponível em: g1.globo.com/brasil/noticia/2012/02/196-presos-homossexuais-tem-visita-intima-no-brasil-aponta-levantamento.html. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁴⁷ Projeto de Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 3079/2017. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/6f55dca7ac3fba028325814e006c3081?OpenDocument>. Acesso em 14 jan. 2021.

F) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS EM MATÉRIA DE REGISTRO DOS DIFERENTES TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS PRIVADAS DA LIBERDADE LGBT?

163. Há sub-registro de práticas de violência contra pessoas LGBT em presídios brasileiros, o que coopera para agravar a invisibilidade do grupo e dificulta a elaboração de políticas públicas. Das informações disponíveis, é possível afirmar que pessoas LGBT são alvos constantes de agressões verbais e físicas e sofrem permanente risco de morte.

164. Apesar da escassez de material sobre a violência contra pessoas LGBT no Brasil, cabe citar novamente o relatório “LGBT nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento”. Por meio de denúncias e depoimentos de violência, tortura e maus tratos, o documento apresenta fatos sobre a violência física, sexual e emocional contra lésbicas, bissexuais, gays e, sobretudo, transexuais e travestis em presídios brasileiros.

165. Nota-se que, apesar de muitos relatos caracterizarem violências em razão da orientação sexual ou identidade de gênero – como sexismo, assédio, homofobia e transfobia –, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura do Brasil (“MPCT”) afirma que: “a violência de gênero não está desarticulada de outras vulnerabilidades já impostas a pessoas em privação de liberdade, que podem implicar em tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”¹⁴⁸. Segundo o MPCT, isso causa expressões específicas de sofrimento físico e mental e demanda “medidas de prevenção à tortura com recorte de gênero”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ O MNPCT baseia-se em um marco normativo nacional e internacional para a avaliação das condições de privação de liberdade de mulheres, crianças e adolescentes, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (população LGBT) em sua diversidade. Compreendendo violência de gênero como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Artigo 1º da Convenção de Belém do Pará) e, também como: Violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, (...) agravadas por discriminação que inclui gênero, raça, religião, necessidades especiais, situação de saúde e *status* econômico (Princípios de Yogyakarta). Cf. MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. *Relatório Anual 2016-2017*. Brasília, 2016, p. 94. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/pdf/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-lanca-relatorio-anual-2016-2017-2>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁴⁹ Cf. MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. *Relatório Anual 2016-2017*. Brasília, 2016, p. 94. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/pdf/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-lanca-relatorio-anual-2016-2017-2>. Acesso em 14 jan. 2021.

166. Dentro da comunidade LGBT, há segmentos específicos que sofrem mais violência, seja por fazer parte de determinado grupo, seja por sofrer uma discriminação diferenciada pelo acúmulo de setores estigmatizados. Isso sustenta a importância de um tratamento interseccional. Cabe destacar também que a exposição à violência parece ser mais elevada em presídios masculinos do que em presídios femininos.

167. Frente ao alto nível de exposição à violência que pessoas LGBT estão submetidas em presídios brasileiros, caracteriza-se a necessidade de desenvolvimento de normas e políticas públicas efetivas que considerem suas vulnerabilidades particulares e suas múltiplas necessidades especiais, em respeito aos princípios da igualdade e da não discriminação. No cenário institucional, tribunais compartilham a missão de implementar garantias judiciais a minorias em contexto de detenção.

168. A manutenção de um registro detalhado de violências cometidas contra pessoas LGBT privadas de liberdade mostra-se uma medida fundamental, que viabiliza todas as outras medidas que devem ser adotadas posteriormente.

9. POVOS ORIGINÁRIOS PRIVADOS DE LIBERDADE

169. Antes de enfrentar, especificamente, o tema dos povos originários privados de liberdade e de responder às perguntas da Corte IDH, cabem algumas notas prévias em razão da complexidade desse tema. Essas observações estarão destrinchadas em cinco eixos:

- (i) as normativas internacionais, o bloco de convencionalidade interamericano e a necessidade de ampliação do diálogo aos debates do novo constitucionalismo latino-americano;
- (ii) normativas internas brasileiras que são aplicadas ao tratamento jurídico-penal de pessoas indígenas;
- (iii) análise dos dados estatísticos oficiais de agências estatais ou colhidos por órgãos do sistema de justiça criminal, relativos ao número de pessoas indígenas encarceradas na última década;
- (iv) denúncias de violações de direitos humanos de pessoas indígenas em contexto prisional, mobilizadas por entidades e movimentos originários e indigenistas; e
- (v) por fim, nas considerações finais, são apresentadas de forma tão objetiva quanto possível respostas às questões formuladas pela CIDH à Corte IDH.

170. A primeira observação é terminológica e teórica. Optou-se por empregar a expressão “povos originários” das Américas e não o termo índios ou indígenas com intuito de reafirmar que esses povos ou nações já se encontravam aqui antes do processo de invasões e a colonizações europeias, que começou em 1492¹⁵⁰.

171. A crítica ao processo de genocídio dos povos originários e de espoliação de suas terras é essencial nesse tema. A violência persistente contra eles comprometeu o modo vida coletivo dos Maias, Incas, Caipós, Krenaks, Ianomâmis, Misquitos, Xucurús e tantas outros povos ou nações originários. Esse discurso da descoberta – em detrimento da invasão – provoca um “ocultamento do outro” em nome de um mito da modernidade eurocêntrica. Esse processo não é algo atávico que cessou em um passado longínquo, haja

¹⁵⁰ DUSSEL, Enrique; MACEOIN, Gary. 1492: the Discovery of an Invasion.° *CrossCurrents*, Vol. 41, No. 4, 1991-2, p. 437 e ss.

vista as inúmeras violações que persistem até hoje, despojando-os de seus territórios, terras, recursos, bens e até mesmo modos de vida – ou a própria vida.

172. No plano do direito internacional, a Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989) e a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas (2016) são as primeiras a reconhecer os direitos dos povos originários, como, por exemplo, os direitos à autoidentificação, à autodeterminação e à consulta a respeito de políticas que impactem suas propriedades, direitos à integridade cultural e a estruturas institucionais que protejam seus direitos como a justiça indígena. Nesse curto intervalo de tempo, considerando a violência secular contra esses povos e as resistências à implementação de seus direitos, não se reverteu a injustiça histórica e presente em relação aos povos originários. A privação da sua liberdade não deve reproduzir essa discriminação e violência estrutural. O campo principiológico eleito para o exame dos dados é o mesmo solicitado pela CIDH à Corte IDH na elaboração de seu Parecer Consultivo final, relacionando-se, portanto, ao princípio da igualdade e da não discriminação.

173. No plano do direito constitucional, apenas recentemente um processo semelhante ocorre. Defende-se a existência de um novo constitucionalismo latino-americano¹⁵¹, um constitucionalismo da libertação¹⁵², um constitucionalismo pluralista, para designar as políticas de inclusão que passam de um Estado plural para um multinacional, de um multinacional para um plurinacional¹⁵³ – destacando, em especial, os avanços nesse sentido, respectivamente: das Constituições do Brasil (1988) e Colômbia (1991); da Venezuela (1999) e do Equador (2008); e da Bolívia (2009). Esse último e terceiro ciclo, em especial, constitucionalizou direitos dos povos originários e redesenhou instituições para que elas contassem com a efetiva participação dos povos originários no Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁵⁴.

¹⁵¹ GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano In: a necessidade prioritária de uma reforma política. In SOUSA, Adriano Correa; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020, p. 47 e ss.

¹⁵² SOUSA, Adriano Correa. *A libertação como objetivo central do novo constitucionalismo latino-americano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3bd7ef30b1a12dc7>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁵³ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización.º In SOUSA, Adriano Correa; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (Orgs). *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020, p. 96 e ss.

¹⁵⁴ SOUZA, Pablo Ronaldo Gadea de. *A terra como elemento neurálgico da identidade indígena a violação dos direitos coletivos territoriais dos povos indígenas e seu tratamento no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos*. Niterói: Dissertação do PPGDC-UFF, 2018.

174. Em relação aos relatórios da CIDH¹⁵⁵ e aos casos da Corte IDH, em linhas gerais, e sem a pretensão de exaustão, registra-se o importantíssimo trabalho realizado pelo sistema interamericano na tutela dos povos originários, apesar da, em regra, parca base normativa internacional e constitucional a respeito e da, frequentemente, escassa estrutura institucional dedicada à efetiva e substancial proteção dos direitos dos povos originários dentro dos Estados sob a sua jurisdição.

175. Diversos direitos da própria CADH são interpretados à luz do princípio *pro persona* para ampliar a proteção dos povos originários, como: a propriedade coletiva como proteção do modo de vida contra a ocupação irregular por madeireira – caso *Mayana Awas Tingni vs. Nicarágua* (2002); a possibilidade de candidatura avulsa quando os partidos políticos não contemplam uma composição plural dos povos originários – caso *Yatama vs. Nicarágua* (2005); violação à liberdade de expressão por proibir um membro da comunidade Garifuna de comunicar-se em sua língua mãe na prisão – caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006); violação do direito à vida, à integridade e ao devido processo legal do líder indígena por meio de violência física e verbal, ocorrida em buscas domiciliares ilegais realizadas por oficiais sem mandado de prisão – caso *Escué Zapata vs. Colômbia* (2007); e a presunção de inocência quando líderes indígenas são criminalizados injustamente como terroristas – caso *Norin Catriman e outros vs. Chile* (2014); desintrusão do território por aqueles que não pertencem à comunidade – caso *Xucuru vs. Brasil* (2016)¹⁵⁶.

176. Considerando esse conjunto de violações de direitos, por meio de omissões e ações do Estado, que criaram ou ampliaram as vulnerabilidades dos povos originários, este memorial almejou destacar a necessidade de construção de um bloco de convencionalidade que escute verdadeiramente e dialogue mais intensamente com as conquistas constitucionais recentes dos povos originários – em especial da Bolívia e do Equador – de modo a contribuir para a realização, pela Corte IDH, de interpretação conjunta das inúmeras normas interamericanas concernentes à execução penal de pessoas dos povos originários. Isso é fundamental para que os princípios da igualdade e da não discriminação,

¹⁵⁵ SOUSA, Adriano Correa de; MUÑOZ, Juanita Miluska Buendía. Povos originários. IN: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (Orgs). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book, kindle.

¹⁵⁶ GADEA, Pablo Ronaldo. Povo Indígena Xucurú vs. Brasil (2016). In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luís Claudio Martins. (Orgs) *Direitos Humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

positivados na CADH, sejam interpretados por meio de um desenvolvimento progressivo (art. 26 da CADH).

177. A terceira nota prévia diz respeito à experiência constitucional brasileira sobre o tema dos povos originários em geral e, em particular, quanto aos enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade, tema do presente memorial para Parecer Consultivo da Corte IDH. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)¹⁵⁷, de 1988, determina, em seu art. 3º, IV, como fundamento republicano, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – mesma base normativa do *caput* do art. 5º para a apresentação do rol não taxativo de direitos e garantias individuais fundamentais, aplicáveis aos brasileiros natos e naturalizados e aos estrangeiros residentes no País. Desse modo, em termos regulatórios, são vedadas todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais que visem à promoção de discriminação direta e que marginalizem, ainda mais, os grupos vulneráveis afetados.

178. Entretanto, em termos normativos, a execução penal no Brasil, regida pela Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984¹⁵⁸, aplica-se, indistintamente, a todos os condenados e internados atingidos por decisão judicial de esfera criminal, caracterizando-se, assim, como medida estatal neutra que, por não conter enfoques diferenciados para a execução penal das diferentes minorias sociais e grupos vulneráveis que abarca, promove, contra eles, discriminação indireta.

179. De acordo com Juan-Pablo Acosta-Navas, a percepção dos direitos humanos sob a ótica plural é uma construção recente no Direito Internacional Público. De sorte que os efeitos ainda estão acontecendo nos países latino-americanos, moldados pelo histórico processo de exploração colonial e neocolonial dos países centrais. Nesse sentido:

La discusión acerca del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), no estuvo en la agenda de las sociedades occidentales hasta mediados del siglo XX, salvo por la lógica colonial que ha persistido durante más de cinco siglos fundada en una premisa de negación de las alteridades epistémicas y culturales que estos pueblos representan; esto, direccionó las políticas indigenistas hasta la década de 1950¹⁵⁹.

¹⁵⁷ BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁵⁹ ACOSTA-NAVAS, Juan-Pablo (2019). *Derechos humanos de los pueblos indígenas en clave de pluralismo jurídico e interculturalidad*. *Ánfora*, 26(47), p.40.

180. Tal circunstância denota, de pronto, os desafios a serem superados para aplicação total daquelas diretrizes, principalmente no Brasil, cuja extensão territorial continental e as dívidas históricas e sociais de seu passado colonial – ainda não quitadas – somam-se a sua inclinação cíclica a rupturas democráticas de caráter autoritário, obstaculizando o avanço em pautas consideradas progressistas e promotoras de direitos de sujeitos de direitos estigmatizados e vulnerabilizados secularmente, como o são os povos originários.

181. No entanto, o país assumiu compromissos internacionais de proteger os povos originários. Nesse sentido, no âmbito do Sistema ONU: (i) a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁶⁰, aprovada a 13 de setembro de 2007; (ii) as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)¹⁶¹, que estipulam a sua aplicação com imparcialidade, não devendo o Estado discriminar nenhuma pessoa em razão de critérios raciais, sexuais, linguísticos, religiosos, de opinião política ou outra, vedando-se, também, a discriminação em razão de origem nacional ou social, de seu patrimônio, nascimento ou outra condição qualquer; (iii) as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)¹⁶², que se voltam para recomendar formas mais adequadas de tratamento das mulheres custodiadas pelo Estado, atentando-se para o cuidado com as mulheres marcadas por diferenças étnico-raciais ou culturais (Regras 54 e 55).

182. Como parte do Sistema Global ou Universal, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, encontra-se o acordo internacional mais citado no Brasil para a proteção dos povos originários: a Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais¹⁶³, ratificada pela República Federativa do Brasil, internalizada e promulgada pelo Decreto n.º

¹⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2008.

¹⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*. Resolução 70/175 da Assembleia-Geral, adotada a 17 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em 14. jan. 2021.

¹⁶³ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em 14 jan. 2021.

5.051, de 19 de abril de 2004, e consolidada pelo Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019.

183. Por sua vez, em relação ao Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos (SIDH), conta-se com a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas¹⁶⁴, aprovada aos 15 de junho de 2016, que, além de reforçar o art. 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 12.1), prevê o direito ao reconhecimento e respeito aos sistemas jurídicos indígenas pela ordem jurídica nacional, regional e internacional (art. 12.2), assim como o direito à plena representação com dignidade e igualdade perante a lei na condução pelo Estado de assuntos relativos aos seus direitos ou interesses (art. 12.3), cabendo aos Estados tomar medidas eficazes em conjunto com os povos originários para assegurar a implantação de todas estas recomendações (art. 12.4).

184. No ordenamento interno, também a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988¹⁶⁵, prevê direitos dos povos originários. Em diferentes momentos, dispõe-se sobre os direitos dos povos originários: os arts. 231 e 232 da Constituição Federal brasileira, no entanto, merecem destaque na análise, porque compõem o derradeiro capítulo do texto constitucional antes de estipularem-se as suas disposições transitórias e disciplina os direitos dos povos originários com maior extensão – principalmente no que se refere aos direitos indígenas às terras, territórios e recursos.

185. Contudo, não houve disposição específica relativa às regras penais aplicáveis aos indígenas, muito embora conste no art. 231, *caput*, o reconhecimento à sua ordem social, aos costumes e tradições, aí incluídas as disposições de cada povo originário sobre como resolver seus conflitos e transgressões no interior de suas comunidades. De todo modo, vê-se como a Constituição rompe com o paradigma do integracionismo e passa a adotar o pluralismo jurídico.

186. Tão silente quanto a Constituição Federal brasileira sobre a adoção de um tratamento jurídico-penal específico para indígenas, o Decreto-Lei n.º 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940¹⁶⁶, não dispõe também sobre a temática. O tratamento

¹⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Aprovada na terceira sessão plenária, realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁶⁵ BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

feito sob o viés da inimputabilidade denuncia não apenas uma omissão – pretendida ou não –, mas também o olhar racista da dogmática criminal majoritária, que considera o indígena como alguém com transtorno mental congênito. Como explica o advogado Guilherme Madi Rezende, “[a] doutrina brasileira parte do pressuposto de que o índio tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que está a fundamentar o reconhecimento de sua inimputabilidade”¹⁶⁷.

187. O Decreto-Lei n.º 3.689 (Código de Processo Penal), de 3 de outubro de 1941¹⁶⁸, é, igualmente, o exemplo dos embates narrativos e normativos no Brasil acerca do papel do poder punitivo exercido pelo Estado. Constituem-no tanto dispositivos de cunho inquisitorial como normas de cunho acusatório. Significa dizer que, em relação à criminalização de indígenas, não há regras procedimentais tão específicas. O Código de Processo Penal não prevê regras quanto à necessidade de chamamento ao processo do órgão tutelar (Fundação Nacional do Índio), do órgão fiscal competente para defesa de seus direitos e interesses (Ministério Público), bem como não há normas relativas à necessidade de produção de laudo antropológico para entendimento dos conflitos interétnicos ou o direito à oitiva dos acusados em sua língua materna – aplicando-se regras genéricas que, por consequência, violam o princípio da igualdade e não discriminação.

188. A falta de notificação à Fundação Nacional do Índio (“Funai”) referente aos atos administrativos de autoridades policiais e aos atos da justiça criminal relativos a indígenas investigados ou acusados dificulta a garantia de acesso ao amparo constitucional devido, afrontando-se o art. 10.1. da Convenção n.º 169, da OIT¹⁶⁹, que prevê que, na imposição de sanções penais aos indígenas, devem os Estados considerar as suas características econômicas, sociais e culturais. A assistência da Funai e a participação do Ministério Público, ou mesmo da Defensoria Pública, auxiliariam a identificação de tais elementos e permitiriam aos indígenas criminalizados o exercício da ampla defesa.

¹⁶⁷ REZENDE, Guilherme Madi. *Índio: tratamento jurídico-penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51-52.

¹⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁶⁹ BRASIL. Presidência da República. *Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso 14 jan. 2021.

189. O Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973)¹⁷⁰ é o diploma legal infraconstitucional mais utilizado para a definição de direitos dos povos originários no Brasil e insere-se em uma lógica de política indigenista contrária àquela sustentada pela Constituição Federal, de 1988, estando, igualmente, em descompasso com as diretrizes internacionais.

190. Relativo à matéria penal, os arts. 56 e 57 do Estatuto do Índio determinam regras específicas. Quando ocorrer a condenação de indígenas pela prática de crime, prevê-se a atenuação de pena segundo seu grau de integração, bem como o cumprimento das penas de reclusão e de detenção – privação de liberdade – em regime de semiliberdade, a ser executado em local de funcionamento da Funai mais próximo da habitação do condenado. Por sua vez, no art. 57, a lei reconhece a possibilidade de aplicação de sanções penais ou disciplinares diversas da prisão, de acordo com suas próprias instituições, desde que não constituam penas de caráter cruel ou infamante, vedando-se, em qualquer caso, a pena de morte.

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

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado¹⁷¹.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte¹⁷².

191. Ambos os dispositivos são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, exceto a exigência de averiguação do grau de integração do indígena acusado de um crime para aplicação de atenuante de pena, porque a política integracionista foi francamente substituída pela política pluralista de reconhecimento da diversidade étnica e cultural. Isso porque o tratamento jurídico-penal respectivo deve ser considerado em rigorosa obediência à busca pelo respeito às diferenças culturais, e assim inteiramente afastada a postura de

¹⁷⁰ BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷¹ BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷² BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

assimilação forçada – o que se constituiria como uma tática biopolítica de controle (penalidade civilizatória)¹⁷³.

192. A Lei n.º 7.210 (Lei de Execução Penal), de 11 de julho de 1984¹⁷⁴, foi incapaz de alterar uma estrutura social de rígidas hierarquias e de violência latente, na década de 1984, fazendo com que a execução penal no Brasil fosse constantemente o palco de violações de direitos humanos, tanto no âmbito interno quanto internacional. Salienta-se que não traz regras específicas sobre prisionalização de pessoas indígenas.

193. Dois atos infralegais, no entanto, tentam romper com a lógica de discriminação indireta. Nesses termos, a Nota Técnica n.º 53, de 2019, da Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (“DIAMGE”)¹⁷⁵, parte da Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais (“CGCAP”) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que tem o objetivo de recomendar aos órgãos estaduais de administração penitenciária a adoção de medidas necessárias à custódia de pessoas indígenas privadas de liberdade.

194. A nota técnica faz diversas recomendações, pretendendo dar cumprimento às normas aplicáveis à proteção dos povos originários e promover políticas públicas que garantam a dignidade de seus membros encarcerados. Inicialmente recomenda-se que, desde a entrada no sistema prisional, pergunte-se à pessoa indígena o seu nome e que se providencie um intérprete em sua língua materna, na hipótese de demonstrar que não domina a língua oficial e não compreenda os procedimentos a que estiver sendo submetida ou as regras de comportamento do estabelecimento prisional. Recomenda-se, também, a garantir a integridade física e a preservar a identidade cultural das pessoas indígenas, bem como a ofertar às pessoas indígenas espaços de convivência específicos, desde que manifesta sua vontade, não devendo ser espaços de segregação. Preocupa-se a nota com a

¹⁷³ MOREIRA DA SILVA, Tédney. *No banco dos réus, um índio: criminalização de indígenas no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18728>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Nota Técnica n.º 53/2019 – DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPENMJ*. Trata-se de Nota Técnica, por meio da qual a Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos – DIAMGE, vinculada à Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais – CGCAP, da Diretoria de Políticas Penitenciárias – DIRPP, do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, com objetivo de recomendar aos órgãos estaduais de administração penitenciária a adoção de medidas necessárias e efetivas à custódia das pessoas indígenas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais, atendendo aos regramentos internacionais e nacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/NotaTcnicaIndgenas.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

alimentação tradicional das pessoas indígenas encarceradas e com a sua educação feita conforme padrões de cada povo ou etnia.

195. Por fim, a Resolução n.º 287, de 25 de junho de 2019¹⁷⁶, do Conselho Nacional de Justiça, que estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, dando diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Recomendam-se às autoridades judiciais o respeito contínuo às diferenças étnicas e a promoção de direitos dessas pessoas no contexto de criminalização – com oitiva por intérprete, produção de laudo antropológico, aplicação de outras formas de punição, entre outros. Por serem muito recentes, ambos os atos enfrentam resistências na sua aplicação.

196. O terceiro eixo de análise diz respeito aos dados estatísticos sobre os povos originários privados de liberdade. Não só as informações são díspares, como também as metodologias de seu recolhimento. A principal fonte é realizada pelo DEPEN/MJSP – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Com periodicidade média de seis meses, o DEPEN divulga o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (“Infopen”)¹⁷⁷, caracterizando-se como sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, alimentado por gestores dos estabelecimentos desde 2004. Contudo, durante três anos, no período de 2016 a 2019, a coleta dos dados no Infopen foi suspensa¹⁷⁸ em razão da constante alteração de seu quadro ministerial. Segue, no quadro a seguir, a informação em números absolutos da quantidade de pessoas indígenas presas nos últimos cinco anos.

¹⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 287, de 25 de junho de 2019*. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁷⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional realiza esforço para atualização dos dados do sistema prisional*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1562941435.15>. Acesso em 14 jan. 2021.

Tabela 1. Total de presos declarados indígenas no Brasil

Semestre	Homens presos	Mulheres presas	Total de indígenas encarcerados
Dezembro.2014	625	41	666
Junho.2015	não disponível	não disponível	não disponível
Dezembro.2015	735	35	770
Junho.2016	552	38	590
Dezembro.2016	613	41	654
Junho.2017	1.106	81	1.187
Dezembro.2017	1.022	68	1.090
Junho.2018	745	45	790
Dezembro.2018	1.148	53	1.201
Junho.2019	1.218	78	1.296
Dezembro.2019	1.325	65	1.390

Dados: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional (Depen) – Sistema de Informações Penitenciárias – Infopen (disponível em: <http://www.infopen.gov.br>). Acesso 4 out. 2020.

197. Em nota técnica elaborada pela Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos do DEPEN/MJSP (Nota Técnica n.º 77/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ¹⁷⁹), divulgou-se que, até dezembro de 2019, 1.390 pessoas indígenas encontravam-se presas, sendo 1.325 homens e 65 mulheres. Entretanto, houve o cuidado de investigar-se a etnia correspondente de 672 pessoas, muito embora não haja a indicação certa de quantos se declararam de uma ou outra etnia. Segue o

¹⁷⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Departamento Penitenciário Nacional. Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE). *Nota Técnica n.º 77/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Trata-se de apresentação de dados de indígenas que se encontram no sistema prisional brasileiro, com intuito de mapear as etnias que possuem membros em situação de prisão. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/copy_of_SEI_MJ11751702NotaTcnicaLevantamentoIndigena.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

quadro com as mais citadas, nos Estados que mais encareceram: Mato Grosso do Sul, Roraima e Rio Grande do Sul.

Tabela 2. Mapeamento das etnias de 672 indígenas autodeclarados

Unidade da Federação	Etnias informadas	Total de indígenas encarcerados
Mato Grosso do Sul	Guarani Kaiowá, Kaiowá, Guarani, Terena, Kadiuwéu e Kadiwéu	349
Rio Grande do Sul	Kaingang, Terena e Guarani	64
Roraima	Macuxi, Ingarico, Wapixana, Ticuna, Yanomane, Taurepang, Yanomami e Guiana	110

Dados: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Infopen (disponível em: <http://www.infopen.gov.br>). Acesso 4.out.2020. *Manteve-se a grafia das etnias tal como descritas pelo Ministério.

198. Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou, em 2018, relatório sobre o sistema prisional no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0)¹⁸⁰, mencionando 244 pessoas indígenas encarceradas, o que correspondia a 0,12% da população prisional, ao passo que, no sistema, havia 91.166 pessoas pardas (43,62% do total), 87.835 pessoas brancas (correspondendo a 42,03% da população prisional), 23.700 pessoas negras (11,34% do total), 894 pessoas amarelas (0,43% do total) e outras etnias correspondiam a 5.164 pessoas (2,47% do total). A categoria parda impede o conhecimento das categorias raciais específicas e mantém o processo de invisibilização no sistema prisional.

199. Já o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da ferramenta Sistema Prisional em números¹⁸¹, identificou, no terceiro trimestre de 2018, um total de 654 pessoas indígenas presas, isto é, o dobro do que havia sido informado pelo CNJ.

200. O quarto eixo de análise diz respeito às denúncias de violações de direitos humanos dos povos originários em situação prisional que são apresentadas, em geral, por

¹⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0)*. Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Sistema Prisional em números*. Cumprimento da Resolução n.º 56/2010. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 14 jan. 2021.

movimentos indígenas e indigenistas. Nesse sentido, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)¹⁸² recentemente requereu junto ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 709/DF)¹⁸³, com o objetivo de questionar os atos comissivos e omissivos do Poder Público correspondentes ao combate à pandemia do SARS-CoV-2 entre os povos originários. O Supremo Tribunal Federal decidiu, a 6 de agosto de 2020, determinar ações ao Poder Público mais eficazes no combate à virulência, o que pode impactar na proteção de pessoas em situação de custódia.

201. Os principais dados sobre violações, no entanto, têm sido compilados pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI)¹⁸⁴, órgão vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e que, anualmente, lança relatórios sobre todas as violências sofridas pelos povos originários no Brasil. Nesse sentido, por exemplo, colheram-se relatos sobre o massacre de 56 (cinquenta e seis) pessoas presas na rebelião do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), localizado no Amazonas, ocorrido em janeiro de 2017, em que as organizações criminosas e facções que atuam dentro do sistema prisional determinaram a morte de todos que estavam cumprindo pena no “seguro externo”, unidade especial em que se encontravam indígenas¹⁸⁵. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), dentre as pessoas mortas que estavam no “seguro externo”, havia cinco indígenas¹⁸⁶.

202. Do mesmo modo, relatam-se casos de tortura: o indígena Genival Ferreira Gomes, do Povo Apurinã, foi preso na Delegacia de Beruri, acusado de abuso sexual contra a filha; contudo, segundo os familiares, o acusado não havia cometido esse crime, que foi negado

¹⁸² ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Disponível em: <https://apiboficial.org/sobre/>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 709/DF (n.º 0097227-03.2020.1.00.0000)*. 1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias (...). Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil et al. Relator: Min.º Roberto Barroso. Brasília, 10 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621000&text=.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸⁴ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. Disponível em: <https://cimi.org.br/>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸⁵ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil. Dados de 2019*. Brasília: CIMI, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸⁶ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil. Dados de 2019*. Brasília: CIMI, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

pelas próprias filhas sob a alegação de terem sido ameaçadas para fazer a denúncia. Na prisão, ele foi espancado, torturado e teve as orelhas cortadas pelos outros prisioneiros¹⁸⁷.

203. Também o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (“MNPCT”)¹⁸⁸ encontra denúncias de violências contra os indígenas dentro de unidades prisionais. Nesse viés, a vulnerabilidade dos indígenas, que já se encaixam na categoria de minorias sociais, é agudizada, pois tais condições precárias de enclausuramento agravam o quadro de penúria e degradação:

Merece destaque a situação de indígenas na Penitenciária Estadual de Dourados (MS): De acordo com os relatos obtidos, esse procedimento violador contribui decisivamente para a redução das visitas recebidas pelos indígenas, uma vez que causa enorme constrangimento, sobretudo às mulheres que não se submetem ao procedimento. Ademais, a revista vexatória impacta de forma prejudicial à manutenção das relações afetivas, uma vez que funciona como uma barreira que dificulta ou inibe a realização das visitas. A prática de revista vexatória nos familiares, com procedimentos que invadem a intimidade e violam a dignidade humana, além de violentar física e psicologicamente, se utiliza das relações afetivas da pessoa privada de liberdade para a ela infligir sofrimento.¹⁸⁹

204. O número de indígenas no Estado de Roraima é considerável, mas, mesmo assim, a visão preconceituosa e estigmatizante mostra-se presente. Segundo o MNPCT, “(...) quando o indígena é acusado de ter cometido um crime ou um ato infracional este preconceito frequentemente se reverte em violações”¹⁹⁰.

205. Por fim, no quinto e último eixo, são apresentadas algumas respostas as perguntas formuladas do Parecer Consultivo sobre enfoques diferenciados em matéria de pessoas privadas de liberdade, de modo tão objetivo quanto possível, tendo por base as premissas anteriores. Passamos a responder os quesitos formulados:

¹⁸⁷CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil*. Dados de 2019. Brasília: CIMI, 2020, p. 113. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸⁸BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-informacao/participacao-social/orgaos-colegiados/mnpct/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁸⁹BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual – 2016/2017*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/pdf/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-lanca-relatorio-anual-2016-2017-2>. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹⁰BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual – 2016/2017*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/pdf/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-lanca-relatorio-anual-2016-2017-2>. Acesso em 14 jan. 2021.

A) QUAIS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS COMPETEM AOS ESTADOS PARA GARANTIR QUE AS PESSOAS INDÍGENAS USUFRUAM DE CONDIÇÕES DE DETENÇÃO QUE SEJAM ADEQUADAS aS SUAS ORIGENS ÉTNICAS, BEM COMO AS SUAS CULTURAS, TRADIÇÕES, RELIGIÕES, IDIOMAS E COSMOVISÕES?

206. Para superação dos atos de discriminação indireta em relação aos indígenas, pensam os subscritores que a implementação das recomendações colacionadas pela Resolução n.º 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, e as exaradas na Nota Técnica n.º 53, de 2019, do Departamento Penitenciário Nacional, constituem significativos avanços que, em resumo são:

- (1) identificação, desde a entrada no sistema prisional, da pessoa indígena (seu nome, etnia, povo, língua, local de habitação), dando-lhe direito a revelar ou não sua identidade étnica (princípio da autodeclaração);
- (2) garantia de intérprete na língua nativa (com apoio de órgão de assistência indigenista, universidades e outros indígenas);
- (3) respeito à religiosidade e permissão de entrada de lideranças religiosas de cada etnia;
- (4) facilitação no processo de acesso a documentos públicos;
- (5) protagonismo na definição de atividades educacionais, conforme a cosmovisão de cada povo ou etnia;
- (6) garantias trabalhistas e de direitos de remição em caso de trabalho artesanal, com devida remuneração;
- (7) direito de acesso aos serviços especializados de saúde, respeitando-se a cosmovisão e as práticas de saúde de cada etnia; e
- (8) que haja instrução, capacitação e oficinas de reciclagem aos serventuários e autoridades diretamente envolvidas com a criminalização e aprisionamento de pessoas indígenas acerca da diversidade étnica e das medidas mais adequadas para seu tratamento.

207. Os Estados devem observar os padrões interamericanos, adotando como *corpus iuris* interamericano, isto é, como parâmetro de validade para legislação e atuação do Estado. Logo, torna-se necessário um estudo de caso do sistema interamericano, incluindo as medidas de urgência do sistema interamericano.

208. Um dos casos emblemáticos do Sistema Interamericano é o *Norin Catriman e outros vs. Chile* (2014). Nesse caso, foi analisado o princípio da legalidade à luz da

qualificação de “terrorista” aplicada aos líderes indígenas, configurando-se violação da presunção de inocência, gerando a obrigação estatal de definir as condutas delitivas. Ademais, restou evidente que as decisões que condenaram a vítima estavam marcadas por forte discriminação contra o povo Mapuche.

209. Dessa forma, a Corte IDH declarou que a condenação constituía um ato discriminatório, devido à instauração ilícita de processos judiciais e a uma condenação indevida por infrações terroristas, para além da aplicação de legislação penal contrária ao princípio da legalidade, com uma série de irregularidades que afetam o devido processo.

210. À vista disso, determinou que as sentenças impostas contra os réus resultaram a violação de vários princípios e direitos consagrados na CADH, incluindo o direito à liberdade de pensamento e expressão. Consequentemente, ordenou ao Estado chileno que abandonasse as condenações penais e adotasse medidas de reparação em favor dos condenados.

211. Outro importante caso é o *Escué Zapata vs. Colômbia* (2007), que se refere à violência física e verbal, à acusação infundada, a buscas domiciliares ilegais e a posterior execução extrajudicial do líder indígena Germán Escué Zapata. Por consequência, a Corte IDH considerou que Estado colombiano violou o direito à vida em suas dimensões negativas e positivas de Escué Zapata – com base na avaliação das provas que indicavam sua execução extrajudicial pelo cabo Roberto Camacho Riaño. Sendo assim, os Estados não só devem garantir que ninguém seja arbitrariamente privado de sua vida, mas também devem adotar medidas apropriadas para proteger esse direito de seus cidadãos.

212. A Corte IDH declarou que o Estado violou os direitos à integridade pessoal da vítima e de seus familiares. No caso da vítima, o réu aceitou a acusação de que os militares atacaram a vítima no decorrer de sua detenção, que também foi arbitrária. Com relação aos parentes mais próximos, a Corte IDH estabeleceu no caso *Bámaca Velásquez* que os parentes mais próximos das vítimas de violações de direitos humanos também podem ser vítimas. Houve, então, uma violação do direito à integridade física e moral, especialmente da mãe, esposa, filha e irmão, que estavam presentes no momento da prisão. Foram também os membros da família que encontraram o corpo de Escué. Além disso, houve atraso na devolução do corpo da vítima, que levou quatro anos. Com relação à comunidade, não foi examinada porque não foram incluídas como vítimas na queixa à CIDH.

213. O Estado colombiano também foi considerado responsável pela violação do direito à liberdade pessoal, porque os oficiais militares que prenderam Escué Zapata não tinham um mandado de prisão ou busca, ou qualquer evidência de uma situação de flagrante delito. Agiram com abuso de poder, faltando razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade, uma vez que a vítima estava desarmada no momento da prisão. Com isso, a Corte IDH declarou que os direitos à honra e à dignidade da vítima e de sua família haviam sido violados pela interferência arbitrária e abusiva dos militares. Isso porque existe um vínculo entre estes direitos e o respeito ao lar, um espaço vital em que a vida privada e familiar se desenvolve.

214. Por fim, a Corte IDH não considerou o Estado colombiano responsável pela violação dos direitos políticos da vítima ou da comunidade. No caso da comunidade, a razão foi que eles não foram constituídos como vítimas. Por outro lado, também não houve violação desse direito em relação a Escué Zapata, pois o principal motivo alegado foi a morte do líder indígena e, conseqüentemente, a impossibilidade de continuar a exercer este direito. Na opinião da Corte, os direitos políticos têm seu próprio conteúdo jurídico, além da morte da vítima.

B) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS O ESTADO DEVE ASSUMIR PARA ASSEGURAR QUE AS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERDADE PRESERVEM COSTUMES, RITUAIS E SUA ALIMENTAÇÃO TRADICIONAL?

215. No que concerne à alimentação dos indígenas, deve-se sempre buscar parcerias. Primeiramente, com a própria pessoa indígena em situação de custódia, para conhecer sobre sua alimentação. É importante também buscar apoio dos familiares – permitindo a entrada de seus alimentos tradicionais –, bem como ouvindo os órgãos indigenistas e de saúde especializada. Na impossibilidade de prover sozinha os nutrientes, deve a administração pública cercar-se de parcerias com órgãos indigenistas, seguindo as diretrizes relativas às etnias das pessoas em situação de custódia.

C) QUAIS OS DEVERES DO ESTADO EM RELAÇÃO À ATENÇÃO MÉDICA DAS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DA LIBERDADE, EM ESPECIAL SOBRE SUAS PRÁTICAS MEDICINAIS E MEDICAMENTOS TRADICIONAIS?

216. Cabe às autoridades prisionais o estabelecimento de convênios e outros tipos de parceria com órgãos de saúde especializada indigenista, para fins de instalar, quando possível, dentro das unidades prisionais, espaços para atendimento adequado de primeira e segunda atenções de saúde. Ante a impossibilidade de instalarem-se tais unidades, em casos de atendimento urgente ou emergente de pessoas indígenas encarceradas, devem essas ser prontamente encaminhadas às unidades especializadas de atendimento aos povos originários, para fins de salvaguardar do melhor modo seu tratamento. Em todas as hipóteses – com tratamento interno ou externo –, deve-se sempre consultar a pessoa indígena presa, seus familiares ou órgãos indigenistas acerca dos métodos mais adequados para o devido cuidado com sua saúde, em respeito à sua cosmovisão e à extrema vulnerabilidade.

D) QUE MEDIDAS ESPECIAIS OS ESTADOS DEVEM ADOPTAR PARA FACILITAR AOS INDÍGENAS PRIVADOS DE LIBERDADE O CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR? COMO DECORRÊNCIA, QUAIS AS ATIVIDADES OU PROGRAMAS DESENVOLVIDOS NO ÂMBITO CARCERÁRIO E NAS AUDIÊNCIAS DISCIPLINARES QUE ATENDEM ÀS PARTICULARIDADES CULTURAIS E LINGUÍSTICAS DAS PESSOAS INDÍGENAS?

217. Devem as autoridades competentes garantir, desde o início, o direito de as pessoas indígenas encarceradas expressarem-se em suas línguas nativas, sendo auxiliadas, sempre que necessário, por intérpretes que lhes traduzam as regras internas e procedimentais do seu processo de criminalização ou prisionalização. Do mesmo modo, deve o Estado criar espaços de convivência para pessoas indígenas, sempre que manifestarem o desejo, sem, no entanto, segregá-las.

218. Segundo o caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), o Sr. Alfredo López Álvarez, membro da comunidade Garifuna hondurenha, foi detido por funcionários do Estado e processado pelo crime de posse e tráfico ilícito de entorpecentes. A alegada vítima foi mantida em prisão preventiva por seis anos e quatro meses junto com outras pessoas condenadas, em condições carcerárias superlotadas e insalubres. Durante sua detenção, o diretor da prisão proibiu a comunidade Garifuna de falar sua língua materna, ou seja, López Álvarez não podia se comunicar em sua própria língua.

219. A Corte IDH analisou o caso e considerou que a proibição de falar a língua Garifuna significou uma violação da liberdade de expressão protegida pela CADH e, ao mesmo tempo, constituiu um ato de discriminação contra ele. Para a Corte IDH, essa restrição à liberdade de expressão, além de desnecessária e injustificada, era particularmente grave porque “(...) a língua é um dos elementos mais importantes da identidade de um povo, “precisamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura”¹⁹¹.

220. Nesse sentido, a Corte IDH assinalou que o direito à liberdade de expressão tem uma dimensão individual que se refere à emissão de ideias e pensamentos e outra dimensão social relacionada ao direito de buscar, receber e disseminar ideias de todo tipo. Ambas as dimensões são de grande importância e devem ser garantidas simultaneamente. A Corte enfatizou que o art. 13.1 da CADH protege expressamente a divulgação oral de informações e enfatizou que o direito de falar é “um dos pilares da liberdade de expressão [...] e que isto implica necessariamente o direito dos indivíduos de usar a linguagem de sua escolha na expressão de seu pensamento”¹⁹².

221. Por outro lado, a Corte IDH referiu que, devido ao forte controle que as autoridades penitenciárias exercem sobre as pessoas que guardam – custodiam –, é necessário garantir:

(...) a existência de condições adequadas para que a pessoa privada de liberdade possa levar uma vida digna, assegurando-lhe o exercício dos direitos cuja restrição não é uma consequência necessária da privação de liberdade, de acordo com as regras características de uma sociedade democrática¹⁹³.

¹⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §169. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §164. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §167. Acesso em 14 jan. 2021.

222. Na análise do caso específico, a Corte IDH indicou que a proibição imposta pelo diretor de uma prisão à população Garifuna de falar em sua língua materna “prejudica a individualidade do detido e não se deve a condições de segurança ou necessidades de tratamento”¹⁹⁴. Para a Corte IDH, “o poder de punir” que o Estado tem não lhe dá o poder de limitar injustificadamente “a liberdade das pessoas de se expressarem por qualquer meio e no idioma que escolherem”¹⁹⁵.

223. Segundo a Corte IDH, a proibição imposta a López Álvarez foi particularmente grave porque “(...) a língua materna representa um elemento de identidade do Sr. Alfredo López Álvarez como Garifuna”¹⁹⁶. Assim, a proibição afetou sua dignidade pessoal como membro dessa comunidade¹⁹⁷. Sendo assim, a Corte IDH observou que os Estados devem considerar os dados que diferenciam a população geral dos membros de grupos indígenas e que fazem parte de sua identidade cultural. Conforme o Tribunal, “(...) a língua é um dos elementos mais importantes da identidade de um povo, justamente porque garante a expressão, difusão e transmissão de sua cultura”¹⁹⁸.

224. Em conclusão, a restrição ao exercício da liberdade de falar a língua Garifuna imposta a Alfredo López Álvarez constituiu uma violação da liberdade de expressão protegida pela Convenção Americana de Direitos Humanos e, ao mesmo tempo, um ato de discriminação contra ele.

***E) QUE OBRIGAÇÕES CABEM AO ESTADO PARA A
PREVENÇÃO DE TODO ATO DE VIOLÊNCIA A RESPEITO
DAS PESSOAS INDÍGENAS PRIVADAS DA LIBERDADE?***

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §166. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §168. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §169. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §169. Acesso em 14 jan. 2021.

¹⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, §171. Acesso em 14 jan. 2021.

225. Compete às autoridades pertinentes a constante vigilância quanto aos impactos da prisionalização sobre as pessoas indígenas, para fins de protegê-las de maiores lesões a sua integridade física e saúde mental, bem como para impedir a ocorrência de graves violações, como a prática de suicídios ou mutilações. Ademais, devem as autoridades impedir todos os atos de discriminação e manifestações de ódio contra pessoas indígenas, protegendo-as de ameaças que, eventualmente, sofram de outros internos.

F) QUAL A REPERCUSSÃO DO ENCARCERAMENTO NO ÂMBITO COMUNITÁRIO DA PESSOA INDÍGENA PRIVADA DE LIBERDADE?

226. De todo o exposto no relatório, vê-se que os impactos da prisionalização de indígenas, quando realizada sem percalços normativos ou diretivos que impeçam a discriminação indireta, são extremamente lesivos e, deste modo, etnocidas. Os riscos de degradação da personalidade e da identidade étnica estendem-se à etnia, ao povo ou à comunidade como um todo, fazendo com que os valores se tornem transfigurados em violência e fragmentação da identidade de si mesmo. O processo de anulação da etnia inicia-se pelo apagamento de necessidades imprescindíveis à vivência do ser indígena, que fica excluído do processo de tomada de decisões.

227. O não respeito à diversidade étnica configura-se como prática etnocida que visa a destituir os sujeitos de direitos de sua própria dignidade, pretendendo torná-los alvos de mecanismos culturais outros, manipulando-os em seu direito à diferença com o fim de apagá-la. O ideal é que o Estado adote os meios de resolução dos próprios povos originários, especialmente nos crimes cometidos por indígena contra indígena, evitando-se, assim, as consequências deletérias do monismo jurídico em sociedades plurais. Na falta de aplicação subsidiária de tais regras, que o respeito ao princípio da não discriminação se imponha como orientação que consolida o espírito dos direitos humanos na sociedade, que se pretende plural.

10. PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DE LIBERDADE

A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS CABEM AOS ESTADOS PARA ASSEGURAR O DIREITO À ACESSIBILIDADE E À MOBILIDADE PESSOAL NOS CENTROS DE DETENÇÃO, POR PARTE DAS PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DE LIBERDADE?

228. A resposta a tal pergunta pressupõe uma análise interdependente entre a CADH, o Protocolo de São Salvador (“PSS”), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (“PIDCP”), a Convenção de Nova York (“CNY”), e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (“CIPDHI”). Em primeiro lugar, os arts. 1.1 e 2 da CADH estabelecem a obrigação geral de os Estados respeitarem e garantirem o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos em tal documento, o que confere caráter aberto ao bloco de convencionalidade interamericano. Além disso, extrai-se do art. 1.1 da CADH a proibição geral de discriminação, que se estende ao direito interno dos Estados Partes, comprometidos a não introduzir regras discriminatórias em seu ordenamento jurídico.¹⁹⁹

229. Em segundo lugar, o Protocolo Adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”), em seu art. 17, prevê proteção e atenção especial às pessoas idosas, proporcionando instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada aos que não tiverem meios próprios de adquiri-las. Em terceiro lugar, o art. 10.1 do PIDCP institui que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

230. Em quarto lugar, considerando o caráter aberto da Constituição interamericana ou bloco de convencionalidade, recomenda-se um diálogo mais robusto com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – conhecida como Convenção de Nova York. Isso sucede em virtude do paralelo que é possível traçar entre o idoso e o deficiente, com enfoque nas possibilidades de um envelhecimento saudável como uma forma de realizar o desenvolvimento progressivo da proteção dos direitos dos mais velhos.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Caso López Álvarez. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C No. 141, parágrafo 157.b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_por.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

Afinal, a deficiência, lida em seu modelo social²⁰⁰, nada mais é do que uma barreira de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que dificulta ou obstrui a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições²⁰¹.

231. O descumprimento do dever de adaptação razoável – isto é, os ajustes e modificações necessários, quando não haja um ônus desproporcional, para que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer em igualdade de oportunidades os seus direitos – da infraestrutura, bens e serviços enseja discriminação dessas pessoas. A analogia à pessoa idosa é evidente, visto que há barreiras de longo prazo que obstruem o gozo de direitos em igualdade de condições. Nessa linha, para que não haja violação dos princípios da igualdade e da não discriminação, os estabelecimentos de privação de liberdade devem conter adaptações razoáveis também para assegurar os direitos da pessoa idosa.

232. Em quinto lugar, de forma mais específica, a CIPDHI ressalta, em seu art. 24, essa conexão entre idoso e deficiência, dispondo sobre o direito do idoso à moradia digna e adequada, e a viver em ambientes seguros, saudáveis, acessíveis e adaptáveis a suas preferências e necessidades. Ademais, o art. 26, por sua vez, versa sobre o direito do idoso à acessibilidade e à mobilidade pessoal. O dispositivo estabelece que os Estados Partes da Convenção

...adotarão de maneira progressiva medidas pertinentes para assegurar o acesso do idoso, em igualdade de condições com as demais pessoas, ao entorno físico, transporte, informação e comunicações, inclusive os sistemas e as tecnologias da informação e das comunicações, e a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto em zonas urbanas como rurais.

233. Salieta-se que tal igualdade de condições se refere à adoção de medidas que possibilitem o exercício pleno dos direitos do idoso – como o direito à vida e o direito à integridade pessoal, previstos nos arts. 4 e 5 da CADH – por meio do direito à acessibilidade e mobilidade pessoal.

234. Determina também, no dispositivo 26.2.a, CIPDHI, que essas providências serão aplicadas a “edifícios, as vias públicas, o transporte e outras instalações externas e internas, como centros educativos, residências, instalações médicas e locais de trabalho” – sendo possível inferir que os centros de detenção se encaixam em tal classificação.

²⁰⁰ ALBAINE, Flávia. O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de Cortes. Revista Teorias Jurídicas contemporâneas v. 5, 2020, p.71 e ss. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/27499>. Acesso em 14 jan. 2021.

²⁰¹ MERLI, Isadora Marques; RIANELLI, Luiza Lima. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006): O assassinato de um deficiente e o modelo hospitalocêntrico. Casoteca do NIDH – UFRJ. Disponível em : <https://nidh.com.br/damiaio/>. Acesso em 14 jan. 2021.

235. Cabe ressaltar, ainda, os dispositivos 26.3.a, 26.3.b e 26.3.c, que versam sobre a responsabilidade de os Estados Partes adotarem as medidas pertinentes para “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”, “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” e “oferecer formação a todas as pessoas envolvidas nos problemas de acessibilidade que o idoso enfrenta”.

236. Diante do exposto, as obrigações dos Estados perpassam a implementação de medidas e a fiscalização de seu cumprimento, estendendo-se, inclusive, a centros privados de detenção – destacando-se, além disso, a obrigação de capacitar, pela informação e instrução, os funcionários dos centros de detenção com pessoas idosas privadas de liberdade sobre as necessidades específicas desse grupo.

237. O Juiz da Corte IDH Sergio García Ramírez analisou questões afins em seu voto fundamentado do caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006). Observando conjuntamente os arts. 1.1 (princípios de igualdade e não discriminação) e 24 (igualdade perante a lei), depreende-se que todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado devem poder desfrutar da proteção que requerem para o gozo e exercício efetivos de seus direitos.²⁰² Diante disso, tratamento diferenciado das pessoas idosas privadas de liberdade – em relação às pessoas mais jovens – é possível não só por haver necessidade social imperiosa, mas justifica-se para que seus direitos sejam materialmente resguardados.

238. A Corte IDH, em análise do caso *Vera Vera e outra vs. Equador* (2011), salientou que derivam deveres especiais determináveis das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos, estabelecidas no art. 1.1 da CADH. Isso decorre das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito – em questão, as pessoas idosas privadas de liberdade –, seja por sua condição pessoal ou devido à situação específica em que se encontre. Dito isso, a Corte destacou que, de acordo com o art. 5.1 e 5.2 da CADH, toda pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade

²⁰² Corte IDH. *Caso López Álvarez. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C No. 141, parágrafo 48. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_por.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

pessoal²⁰³ – devendo-se considerar as necessidades específicas das pessoas idosas privadas de liberdade.

239. No caso Pacheco Teruel e outros vs. Honduras (2012), a Corte IDH afirmou que, diante da relação e interação especial de sujeição entre o preso e o Estado, esse deve assumir uma série de responsabilidades particulares e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos presos as condições necessárias para que possam desenvolver uma vida digna e contribuir para o gozo efetivo daqueles direitos que não podem ser restringidos em nenhuma circunstância, ou daqueles cuja restrição não advém necessariamente da privação da liberdade.²⁰⁴

240. No Brasil, especificamente, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, não sendo permitidas, conforme o inciso XLVII, alínea “e” do mesmo artigo, as penas cruéis. Nesse mesmo sentido, o Código Penal brasileiro determina, em seu art. 38, os direitos do preso, sendo todos aqueles “não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

241. Desse modo, em análise mais específica de tais proteções amplas, visando a respeitar os dispositivos supramencionados, é basilar que os direitos à acessibilidade e à mobilidade pessoal das pessoas idosas privadas de liberdade sejam respeitados como meio para o cumprimento justo da pena privativa de liberdade.

B) QUAIS AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM MATÉRIA DE ATENÇÃO MÉDICA E PSICOLÓGICA A PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DA LIBERDADE? EM ESPECIAL, QUE DEVERES COMPETEM AO ESTADO A RESPEITO DOS CUIDADOS PALIATIVOS QUE ESSAS PESSOAS POSSAM NECESSITAR?

²⁰³ Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C No. 226, parágrafo 42. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

²⁰⁴ Corte IDH. *Caso Pacheco Teruel y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C No. 241, parágrafo 64. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

242. No tocante às obrigações estatais em matéria de atenção médica e psicológica de modo geral às pessoas privadas de liberdade, destaca-se o art. 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), acerca do Direito à integridade pessoal e, mais especificamente, os arts. 5.1 e 5.2 da mesma Convenção, que tratam do direito à integridade física, psíquica e moral, e à dignidade humana.

243. No art. 5.2 da CADH, é ressaltada a aplicação desse direito às pessoas privadas de liberdade, o que deve ser aqui observado com especial atenção para as pessoas idosas encarceradas. Nesse sentido, em primeiro lugar, há que se fazer uma conexão entre o art. 5.2 e o art. 1.1 da CADH para compreender a obrigação a que os Estados estão sujeitos em matéria de atenção médica e psicológica a pessoas idosas.

244. Com efeito, o art. 1.1 da CADH dispõe sobre a obrigação de os Estados signatários respeitarem os direitos e liberdades nela consagrados e, sobretudo, garanti-los em seu pleno e livre exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, estando incluídas as pessoas privadas de liberdade. Tendo isso em vista, a Corte IDH passou ao entendimento de que os Estados têm o papel de garantidor dos direitos das pessoas privadas de liberdade, compreendendo que é direito das pessoas aprisionadas viver em condições de detenção que sejam compatíveis com sua dignidade pessoal, sendo a elas garantidos o direito à vida e à integridade pessoal, com base no art. 5.2 acima já mencionado.

245. Além disso, no que se refere ao papel do Estado de garantidor dos direitos das pessoas encarceradas, esse deve adotar as medidas de segurança necessárias para proteção dos direitos e liberdades desses indivíduos, um dever em ainda maior evidência ao se tratar de pessoas reclusas em um centro de detenção estatal²⁰⁵.

246. Sobre um especial tratamento aos idosos, com atenção às necessidades particulares desse grupo, é possível mencionar os Princípios das Nações Unidas para o Idoso – Resolução 46/91 aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1991 –, que menciona dentre outros, a assistência necessária quanto a sua saúde e a seu bem-estar.

247. Ainda sobre dispositivos do Direito Internacional que se debruçam com a devida atenção aos direitos dos idosos, cita-se a Estratégia Regional de Implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madrid sobre o

²⁰⁵ Corte IDH. *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002.

Envelhecimento²⁰⁶, em que se destacam uma série de objetivos que concernem ao fomento à saúde e ao bem-estar na velhice. É interessante perceber que, nesse dispositivo, ressalta-se algo ainda não visto nos anteriores por tratar de uma intersecção entre a geração ou idade, gênero, etnia e condição social – Capítulo III, art. 23.

248. Outra questão que se impõe – e deve ser objeto desta análise – refere-se aos cuidados paliativos. Para tanto, cabe ressaltar a Carta de São José sobre os direitos das pessoas idosas da América Latina e do Caribe, adotada na terceira Conferência regional intergovernamental sobre envelhecimento na América Latina e no Caribe, realizada em São José da Costa Rica, de 8 a 11 de maio de 2012.

249. Nessa Carta, no tocante à saúde das pessoas idosas, ressalta-se o art. 7º, letra “i”, em que acordam em “melhorar os sistemas de proteção social para que respondam efetivamente às necessidades das pessoas idosas, mediante o impulso às seguintes ações”²⁰⁷: “i. Favorecer o desenvolvimento e o acesso a cuidados paliativos, para assegurar a morte digna e indolor às pessoas idosas com enfermidades terminais.”

250. Assim, é possível, no marco do Sistema Interamericano, o reconhecimento do acesso a cuidados paliativos, seu desenvolvimento e favorecimento para promover a melhora dos sistemas de proteção social, de forma a responder efetivamente às necessidades das pessoas idosas.

251. Por fim, conclui-se, em conformidade com o Global Atlas of Palliative Care at the End of Life, da Organização Mundial de Saúde (OMS)²⁰⁸, que os cuidados paliativos são considerados direitos humanos, e o acesso aos mesmos produz eficaz alívio da dor e do sofrimento das pessoas que são acometidas por alguma doença limitante²⁰⁹. Ademais, a OMS entende que tal cuidado representa uma melhora na qualidade de vida desses pacientes, cujas doenças não respondem ao tratamento curativo. Portanto, consoante aos artigos inicialmente mencionados da CADH e às jurisprudências e demais dispositivos de direito internacional mencionados.

²⁰⁶ Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento e Direitos dos Idosos na América Latina e no Caribe, realizada em Santiago, 19-21 novembro 2003. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2786/1/S2004002_es.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

²⁰⁷ Carta de São José sobre os direitos das pessoas idosas da América Latina e do Caribe. Adotada na terceira Conferência regional intergovernamental sobre envelhecimento na América Latina e no Caribe, realizada em São José da Costa Rica, de 8 a 11 de maio de 2012.

²⁰⁸ World Health Organization (WHO). Global Atlas of Palliative Care at the End of Life. January 2014.

²⁰⁹ DE SOUZA LIMA, Carolina Alves. Ortotanásia, cuidados paliativos e direitos humanos. *Rev Soc Bras Clin Med*, v. 13, n.º 1, p. 14-7, 2015. Disponível em: <http://www.sbcm.org.br/ojs3/index.php/rsbcm/article/view/109/105>. Acesso em 14 jan. 2021.

C) QUE MEDIDAS OS ESTADOS DEVEM ADOPTAR PARA ASSEGURAR QUE AS PESSOAS IDOSAS PRIVADAS DA LIBERDADE TENHAM CONTATO EXTERIOR COM A FAMÍLIA?

252. O contato com a família é de extrema importância, uma vez que o grupo está em situação de vulnerabilidade em uma fase da vida em que a dependência para com seus familiares tende a crescer. Em depoimentos, pode-se observar essa situação de abandono mais de perto: “Isso aqui é um depósito de gente. Tem gente inserida aqui dentro que não tem ninguém que lute lá fora. Têm pessoas descartadas aqui. Tem gente que descarta seu parente velho aqui. (...) eu olhei para as grades e pensei até em suicídio. Pensei: o que eu quero? Velho, preso, doente e abandonado pela família, não entrava ninguém. Só a morte mesmo”.

253. A Constituição Federal Brasileira prevê esse dever de amparo pela família em seu art. 230:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

254. Portanto, o direito de envelhecer com dignidade, respeito, proteção e inserção social é garantido constitucionalmente.

255. Também a Lei n.º 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, garante os direitos fundamentais para preservação de sua saúde física, mental, sócio-espiritual, moral e condições de liberdade e dignidade – evidenciando-se a realidade prisional brasileira como uma afronta.

256. Tal situação caótica de descaso e abandono enfrenta, em tempos especiais de pandemia, uma série de novas complicações. Nesse contexto, visitas tornam-se um vetor de transmissão do vírus para os presídios, culminando no fechamento de suas portas. Contudo, o direito de visita a presos é garantido na LEP.

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

Art. 41 Constituem direitos do preso:

X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

257. Nesse contexto, para enfrentar a situação de isolamento social causada pela suspensão das visitas em todo o Brasil, implementa-se uma forma de garantir tal direito sem a visita física do familiar, a partir da visita virtual. Cada Unidade Penal Federal disponibilizará um endereço de *e-mail* eletrônico da penitenciária, para que os visitantes, já cadastrados, possam, semanalmente, enviar carta virtual eletrônica com notícias familiares sucintas aos internos custodiadas no SPF. Trata-se, de fato, de uma medida estipulada na excepcionalidade – decorrente da impossibilidade de visitas. Contudo, é notória a facilidade que tal elemento virtual proporciona ao sistema de visitas, tendo em vista o encurtamento de distâncias entre o preso e a sua família, visto que, por vezes, a família mostra-se incapaz de realizar grandes jornadas para visitá-lo com frequência. Por isso, a oportunidade deve ser aproveitada para estender essa facilidade para todas as prisões, não só em períodos de excepcionalidade, visto o potencial que esse mecanismo tem para melhorar a qualidade de vida do indivíduo preso e mantê-lo em contato com sua família e comunidade.

258. Cabe ressaltar, ainda, que a família é ponto central na manutenção da saúde mental de uma pessoa. No caso da pessoa idosa, em que a saúde se debilita cada vez mais, a importância cresce, como explica Fábio Armentano, coordenador da equipe de psicogeriatría do AME (Ambulatório Médico de Especialidades): “Para aqueles que vivem com a família e estão inseridos na comunidade, a prevalência de sintomas depressivos gira em torno de 15% da população idosa. Esse número pode dobrar quando se tratam de idosos institucionalizados, que estão em casas de repouso ou asilos. Em pacientes hospitalizados por problemas de saúde, a prevalência chega a quase 50%”. Entretanto, existem ocasiões em que o idoso encarcerado não possui esse amparo familiar por motivos diversos, seja por abandono ou por morte dos familiares. Nesses casos, torna-se evidente a necessidade de se garantir um suporte psicológico robusto para o idoso encarcerado, para que ele não desenvolva doenças às quais já está mais propenso, como a depressão ou a demência. O dever de punir do Estado não pode prevalecer sobre o direito de todo indivíduo envelhecer com dignidade e qualidade, mesmo que mínima, de vida.

259. Em uma entrevista junto à Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (SEAP) e a sua diretora de gestão, Janaina de Fatima Silva Abdalla, obteve-se um maior entendimento sobre a situação carcerária dos idosos no Rio de Janeiro. No estado, cerca de 1,3% da população prisional é de idosos – o que totaliza 810 homens idosos, com a grande maioria na faixa etária entre sessenta e setenta anos. Já o número de detentas

idosas mostra-se, de fato, muito reduzido em relação a esses oitocentos e dez homens, – são vinte e nove detentas idosas no Estado, todas abaixo dos oitenta anos de idade.

260. No entanto, o maior entrave da dicotomia entre família e preso idoso, que ocasiona a situação de abandono do último dentro dos centros penitenciários, é a própria natureza dos crimes praticados pelos presos. De fato, a maior parte desse grupo encontra-se atrás das grades devido ao tipo de crime cometido: crimes contra a liberdade sexual. Tal delito ocorre, por vezes, dentro do núcleo mais interno do idoso, sua própria família. Nesse âmbito, produz-se um verdadeiro abismo entre família e preso – frequentemente irreparável.

261. Nesse cenário, a outra entrevistada, a enfermeira com 21 anos de atendimento a presos junto ao SEAP, Julia Santos Piffer, explicitou os caminhos pelos quais o detento em situação de abandono pode apaziguar os danos que causou. A via convencional seria por meio de um assistente social – responsável por criar ou restaurar um vínculo entre família e detento –, cujo trabalho nos casos de familiares afetados por crimes sexuais, em sua maioria, mostra-se ineficaz. A segunda via, por sua vez, é pautada pelo tratamento psicológico do detento que dê sinais de esgotamento em relação a sua situação. Trata-se de um auxílio psiquiátrico a presos com sinais de depressão, inanição, entre outros.

262. Por fim, ressalta-se a notória e preocupante falta de atenção que a população idosa encarcerada recebe a respeito dessa questão familiar, que fica clara pela falta de jurisprudência na CIDH a respeito do tema ou pelas medidas ainda pequenas dos países da América Latina que visem a amenizar o problema. Entretanto, é possível vislumbrar uma melhora nesse cenário, caso as iniciativas que existem hoje – como o atendimento psicológico constante e especializado ao idoso preso ou a realização de chamadas de vídeo para aproximar o preso da sua família – forem mantidas e tenham seu alcance aumentado, sendo disseminadas para toda população carcerária da região, mas sempre destacando a atenção especial que os idosos devem possuir dada a vulnerabilidade do grupo. No âmbito jurídico, é importante que os países da América Latina incluam essas garantias e medidas assistenciais ao preso em um tratado de maneira mais objetiva, garantindo maior segurança jurídica para os presos. O tema precisa ser mais discutido e receber mais visibilidade, de modo que a sociedade dê voz para esse grupo, que foi sempre muito marginalizado.

D) QUAIS OS DEVERES ESPECÍFICOS DOS ESTADOS PARA GARANTIR A ESSAS PESSOAS SUA PLENA REINSERÇÃO SOCIAL?

263. É possível listar cinco deveres específicos do Estado: (i) combate à discriminação por idade na velhice e aos estereótipos atinentes aos idosos; (ii) elaboração de programas de formação, capacitação e desenvolvimento pessoal do idoso; (iii) garantia à vida digna por meio do pleno acesso à seguridade social, à saúde e à integração comunitária; (iv) propagação dos direitos da população idosa.

264. A reinserção do idoso na sociedade engloba, vale ressaltar, sua representação de forma adequada aos aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais, visando a garantir a ele o maior proveito possível em todos os aspectos da vida em sociedade. A começar pelo combate à discriminação por idade na velhice²¹⁰ e aos estereótipos atinentes aos idosos, destacam-se os ensinamentos de Huenchuan, repassados pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL)²¹¹:

En la base de la construcción de este estándar de normalidad se ubica el poder, asociado por lo general a un arquetipo viril, blanco, sin deficiencias de ningún tipo y de preferencia joven, a partir del cual se interpreta la existencia humana y que se pretende hacer extensivo al conjunto de los miembros de la sociedad como referencia de lo auténticamente válido. Aquel o aquella que no cumple con estos requisitos se aleja de la normalidad y sufre los efectos del sexismo, el racismo o el edadismo – discriminación por razón de la edad – como prácticas cotidianas. En este marco, la diferencia – sea de sexo, de edad, de capacidades o étnica – se transforma inmediatamente en adversidad, y surgen los obstáculos que limitan o impiden una vida libre y autónoma.

265. O envelhecimento populacional muitas vezes é encarado como um problema social, e não como uma conquista da civilização humana que, a partir de desenvolvimento científico, permitiu uma longevidade cada vez mais extensa e confortável. A compreensão da longevidade como conquista da humanidade, pensamento essencial para um tratamento digno aos idosos, salienta-se, requer um redirecionamento das ações do Estado destinadas ao segmento social idoso.

²¹⁰ De acordo com a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, a discriminação por idade na velhice é “qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada na idade que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social e cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e privada” (art. 2º).

²¹¹ CEPAL para a Quarta Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento e Direitos das Pessoas Idosas na América Latina e no Caribe: “Direitos das pessoas idosas: desafios para a interdependência e autonomia”. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41471>. Acesso em 14 jan. 2021.

266. Isso porque, se, por um lado tem-se uma sociedade marcada pela discriminação, é quase certo também que existe um Estado reproduzindo a mesma concepção errônea e muitas vezes preconceituosa sobre os direitos, deveres e capacidades das pessoas idosas.

267. É obrigação do Estado, nesse sentido, promover a igualdade de tratamento aos idosos. Assim como dispõe a CIPDHI, faz parte dos deveres dos Estados Parte a adoção de medidas afirmativas e a realização de ajustes razoáveis e necessários para o exercício dos direitos por parte dos titulares, inclusive as medidas de caráter temporário que sejam necessárias para acelerar a igualdade de fato do idoso – art. 4, “b”, CIPDHI.

268. Destaca-se, logo, a preocupação na proteção ainda mais enfática aos idosos que carregam mais de uma vulnerabilidade – que é o caso dos idosos que foram ou estão privados de liberdade²¹².

269. A elaboração de programas de formação, capacitação e desenvolvimento pessoal do idoso configura-se essencial e deve ser concretizada desde o período do cárcere. O enfoque diferencial de políticas prisionais visando ao bem-estar dos idosos – como a adoção de atividades que estimulem a condição físico-motora e psíquica desse grupo de pessoas – está respaldado como princípio pela CIPDHI, em seu art. 3º, “l”, e deve objetivar a criação de estímulos mentais e físicos que garantam ao idoso não só uma autorrealização, disposta no art. 3º, “h”, CIPDHI, que diretamente impacta em sua saúde mental, mas também um possível novo conhecimento ou habilidade – direito à educação²¹³ – em diferentes áreas que pode, inclusive, tornar-se útil no momento pós-cárcere, seja para auferir renda, seja para o próprio bem-estar mental e físico do idoso.

270. A elaboração de programas também deve estar presente fora das prisões, no sentido de que cabe ao Estado formular políticas públicas – ações afirmativas em vagas de emprego, por exemplo – que garantam aos idosos suporte as suas particularidades. No âmbito do mercado de trabalho – o trabalho é um direito garantido ao idoso pelo art. 18 da CIPDHI –, a CEPAL destaca²¹⁴, por exemplo, que a implementação de fatores como

²¹² De acordo com a CEPAL, “En los “Lineamientos para una convención sobre los derechos de las personas mayores”¹¹, elaborados por los países de América Latina y el Caribe que participaron en la Tercera Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasília, realizada en Santiago en octubre de 2009, se identificó, como grupos que requieren medidas especiales de protección, a las mujeres mayores, las personas mayores indígenas, las personas mayores pertenecientes a minorías étnicas o nacionales, lingüísticas o religiosas, y las personas de edad en situaciones de riesgo y emergencia humanitaria. *El Uruguay quiso incorporar además a las personas mayores en situación de cárcel, pero no contó con el respaldo suficiente para hacerlo*”. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41471>. Acesso em 14 jan. 2021.

²¹³ Arts. 20, 21 e 22, CIPDHI.

²¹⁴ CEPAL para a Quarta Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento e Direitos das Pessoas Idosas na América Latina e no Caribe: “Direitos das pessoas idosas: desafios para a interdependência e autonomia”. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41471>.

acessibilidade física do espaço de labor e flexibilidade de horários contribui para a permanência digna e decente do idoso em relações empregatícias.

271. A garantia à vida digna – ou seja, pleno acesso à seguridade social, à saúde e à integração comunitária –, por sua vez, é o dever de o Estado cumprir o disposto no art. 6º da CIPDHI²¹⁵, isto é, adotar todas as medidas necessárias para garantir ao idoso o gozo efetivo do direito à vida e o direito a viver com dignidade na velhice até o fim de seus dias. Isso envolve, prioritariamente, os direitos à seguridade social, à saúde e à interação social.

272. A seguridade social, disposta no art. 17 da CIPDHI, consiste em fornecer ao idoso uma renda mínima para uma vida digna. Com frequência, o sistema previdenciário deixa de absorver as necessidades de uma parcela de idosos, acarretando níveis sérios e degradantes de pobreza extrema. Essa situação de penúria evidencia a queda das perspectivas sociais dos idosos, o que pode incluir, inclusive, o retorno do idoso ao sistema carcerário.

273. O direito à saúde, por sua vez, caracteriza-se essencial no envelhecimento. A CIPDHI, em seu art. 19, elenca alguns deveres estatais – como atenção preferencial ao idoso, políticas públicas sobre saúde sexual e reprodutiva do idoso, ações de prevenção de doenças, garantia ao idoso da disponibilidade a medicamentos, entre outros – para o efetivo cumprimento do direito à saúde.

274. Por fim, a integração comunitária, presente no art. 8, CIPDHI, abarca o direito dos idosos a relações sociais e também à participação geral e ampla na vida em sociedade, o que inclui direitos políticos e de participação em organizações da sociedade civil em geral. O cumprimento da inclusão do idoso na sociedade encarrega-se de suprimir o abandono ao idoso, definido pela CIPDHI em seu art. 2º como “a falta de ação, deliberada ou não, para atender de maneira integral as necessidades de um idoso, que ponha em risco sua vida ou sua integridade física, psíquica ou moral”.

275. Para além da saúde física, deve-se também observar a saúde mental do idoso e garantir o seu acesso a tratamentos e a profissionais de saúde que saibam lidar de forma adequada em relação às especificidades. Isso porque “o idoso tem o direito irrenunciável a manifestar seu consentimento livre e informado no âmbito da saúde. A negação deste

²¹⁵ Art. 6º: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para garantir ao idoso o gozo efetivo do direito à vida e o direito a viver com dignidade na velhice até o fim de seus dias, em igualdade de condições com outros setores da população. Os Estados Partes tomarão medidas para que as instituições públicas e privadas ofereçam ao idoso um acesso não discriminatório a cuidados integrais, incluindo os cuidados paliativos, evitem o isolamento e abordem apropriadamente os problemas relacionados com o medo da morte dos enfermos terminais e a dor e evitem o sofrimento desnecessário e as intervenções fúteis e inúteis, em conformidade com o direito do idoso a expressar o consentimento informado.”

direito constitui uma forma de vulneração dos direitos humanos do idoso”, conforme o art. 11, CIPDHI.

276. Para o pleno exercício de todos os deveres listados acima, a Declaração de Assunção²¹⁶, elaborada na Quarta Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento e Direitos das Pessoas Idosas na América Latina e no Caribe, recomenda “que os Estados reforcem a capacidade das instituições nacionais [...] para facilitar a coleta de dados, a elaboração de estatísticas e a gestão de informação qualitativa desagregada por fatores relevantes, segundo suas particularidades e contexto nacional, com o fim de melhorar a avaliação da situação dos idosos e fortalecer a elaboração de políticas sensíveis às suas necessidades”. Associado a isso está o art. 4, “g”, da CIPDHI²¹⁷.

277. Com relação ao Estado brasileiro, é possível listar três deveres específicos: (i) combate à discriminação por idade; (ii) atendimento prioritário e especializado; e (iii) garantia à vida digna (políticas de assistência social).

278. O combate à discriminação por idade, respaldado pelo art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 (“CRFB/88”), encontra sua esfera específica à população idosa no art. 4º da Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso. O Estatuto garante ao idoso um tratamento igualitário e não discriminatório, por exemplo, no âmbito da saúde, sendo “vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” – art. 15, §3º – e da profissionalização e do trabalho: “Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo exigir” – art. 27.

279. Por sua vez, o dever da criação de atendimento prioritário e especializado ao idoso está inicialmente previsto no art. 3º, §1º, VIII do Estatuto do Idoso, além de muito difundido também nos dispositivos sobre direito à saúde da população idosa – arts. 15, *caput*, e 18. A noção que se perpassa com esse direito é a do atendimento preparado, em todos os locais públicos, às peculiaridades que essa parcela da população possa ter. A reinserção social do idoso envolve acolhê-lo nos mais diversos ambientes externos à prisão e, para isso, são necessários espaços físicos adequados – por exemplo, com rampas,

²¹⁶ Documento aprovado por Alemanha, Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Japão, México, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lúcia, Uruguai e Curaçao. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/42238>. Acesso em 14 jan. 2021.

²¹⁷ “Artigo 4º – Os Estados Partes se comprometem a salvaguardar os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso enunciados na presente Convenção, sem discriminação de nenhum tipo, e com a seguinte finalidade: g) Promoverão a coleta de informação adequada, inclusive dados estatísticos e de pesquisa, que permitam formular e aplicar políticas, a fim de tornar efetiva a presente Convenção.”

corrimão, superfícies regulares para passeio, sinalizações claras e legíveis – e também grupos de pessoas voltadas ao atendimento preferencial e especializado ao idoso.

280. Entre os mais diversos aspectos do atendimento prioritário²¹⁸, ressalta-se o parágrafo único do art. 27 do Estatuto do Idoso, que dispõe que, havendo empate em concurso público, o primeiro critério a ser utilizado será a idade, “dando-se preferência ao de idade mais elevada”. Além disso, importante destacar o art. 71 do Estatuto, que sistematiza outro âmbito do atendimento preferencial ao idoso, quando assegura a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância. No §4º, continua ainda com: “Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis”.

281. Quanto ao dever final do Estado brasileiro, que aqui se expôs como garantia à vida digna – políticas de assistência social –, importante destacar o *caput* do art. 230 da CRFB/88:

Art. 230 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

282. Relacionado ao dispositivo listado acima está o art. 9º do Estatuto do Idoso, que explicitamente coloca o envelhecimento saudável e em condições de dignidade como uma obrigação a ser garantida pelo Estado brasileiro. A dignidade da pessoa idosa, disposta no art. 1º, III, CRFB/88, e no art. 10, Estatuto do Idoso, pode ser traduzida como o bem-estar geral.

²¹⁸ Art. 3º, §1º, I, Estatuto do Idoso.

11. CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM SUAS MÃES

283. Para responder as questões, objeto da audiência pública da Corte IDH, sobre a vida familiar, saúde, alimentação e desenvolvimento adequado das crianças que vivem em centros de detenção com as suas mães, parte-se da teoria do Estado de Coisas Inconvencional que assola os presídios brasileiros. Por essa razão, demanda-se que o sistema interamericano imponha progressivamente padrões mais elevados de proteção, exigindo políticas públicas do Estado que auxiliem na ampliação da coordenação entre a legislação, os serviços públicos do Executivo e as decisões judiciais, de modo que, a um só tempo, sejam sanadas as omissões normativas, evitadas violações aos direitos da criança e implementadas ações para minorar os riscos aos seus direitos.

A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA ASSEGURAR O DIREITO À VIDA FAMILIAR DA CRIANÇA, INCLUSIVE O RESPEITO AO CONTATO COM O OUTRO PROGENITOR?

284. A resposta a essa pergunta deve partir do art. 19 da CADH, segundo o qual “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. O art. 9 da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança também assegura o direito de a criança manter relações regulares com os pais ou responsável, salvo quando isso violar o melhor interesse da criança²¹⁹.

285. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da CIDH e da Corte IDH, produz relatórios e decisões que zelam por essas normas. Mais do que isso, ampliam a proteção dos direitos humanos das crianças, por meio do desenvolvimento progressivo

²¹⁹ Convenção sobre direitos da criança. Art. 9. 3. Os Estados Partes devem respeitar o direito da criança que foi separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo nos casos em que isso for contrário ao melhor interesse da criança. 4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte – por exemplo, detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte deverá apresentar, mediante solicitação, aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar as informações necessárias a respeito do paradeiro do familiar ou dos familiares ausentes, salvo quando tal informação for prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes devem assegurar também que tal solicitação não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou as pessoas interessadas.

(art. 26 da CADH) e *pro persona* (art. 29 da CADH) que se traduz na busca contínua e permanente do melhor interesse da criança.

286. A OC-17/2002 da Corte IDH, por sua vez, provocou uma grande mudança na proteção dos direitos das crianças deixando de tratá-las como objetos de proteção, para passar a tratá-las como sujeitos de direitos. Mais precisamente, determinou que para haver devido processo legal, nos termos dos arts. 8 e 25 da CADH, nos processos e procedimentos que envolvam crianças, a sua vontade deve ser levada em consideração. Para tanto, o sistema interamericano considera criança todo menor de 18 anos, de modo que se deve considerar o grau de desenvolvimento e compreensão em cada fase da vida. Dessa forma, além de todos os direitos garantidos a todas as pessoas, também lhes asseguraram-se direitos especiais devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento.²²⁰

287. A OC-21/2014 da Corte IDH estabelece que, a respeito das crianças em situação de migração, qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação da criança em relação à família por retirada compulsória dos progenitores do território nacional motivada pela condição migratória deve realizar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser retirados, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente nesse país, os Estados não podem retirar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança.

288. O paralelismo lógico com as interpretações da OC-17/2002 e a OC-21/2014, ao interpretar o art. 19 da CADH, impõe que a separação da criança em relação a sua mãe, ou melhor, aos seus progenitores, devido à privação da liberdade deve considerar uma ponderação que observe seriamente o “melhor interesse da criança” e ainda a sua vontade, dentro da sua capacidade de compreensão, de modo que haja um respeito ao que se pode denominar de um “devido processo convencional juvenil” para sintetizar os parâmetros fixados nas opiniões consultivas da Corte IDH.

²²⁰ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A Opinião Consultiva n.º 17/02 da Corte IDH: um marco na proteção internacional a crianças e adolescentes. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-17-02-da-corte-interamericana-um-marco-na-protacao-internacional-a-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em 14 jan. 2021.

289. Em 2011, a CIDH divulgou o relatório intitulado “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”, esmiuçando a noção de sistema de justiça juvenil. Esse sistema foi fundamentado nos seguintes princípios gerais: a) princípio da legalidade; b) princípio da excepcionalidade; c) princípio da especialização; d) princípio da igualdade e não discriminação; e, e) o princípio da não regressão.

290. Diversos casos contenciosos da Corte IDH reconhecem violações aos direitos de crianças e adolescentes antes – Villagrán Morales vs. Guatemala (1999)²²¹ e Bulacio vs. Argentina (2003)²²² –, durante e depois do processo de internação em unidades socioeducativas – Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai (2002)²²³, FEBEM vs. Brasil (2005)²²⁴ e UNIS vs. Brasil (2017)²²⁵.

291. De um lado, no caso Villagrán, crianças em situação de rua foram executadas pela política nacional da Guatemala; no caso Bulacio, uma criança levada à delegacia teve seus direitos violados. De outro, em todos os demais casos mencionados – mesmo em unidades com pessoal supostamente treinado no lidar com crianças –, inúmeros direitos foram violados. A exposição de crianças a um ambiente de privação de liberdade tende a expô-las à violência que pode afetar o seu desenvolvimento.

292. Portanto, em meio a tantas violações, as decisões relacionadas à convivência familiar das crianças com progenitores privados de liberdade situam-se em meio a um impasse. Permitir a convivência coloca as crianças em risco, contudo, a privação do seio familiar também. A convivência e as alternativas a ela pressupõem, portanto, uma análise

²²¹ FERRAZ, Hamilton Gonçalves Ferraz, MARCOLINO, Danilo Sardinha; BATISTA, Felipe Batista. Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (1999): a Convenção Americana como instrumento vivo e o combate à violação aos Direitos da Criança. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/villagran-morales-e-otros-vs-guatemala-1999-a-convencao-americana-como-instrumento-vivo-e-o-combate-a-violacao-aos-direitos-da-crianca/>. Acesso em 14 jan. 2021.

²²² FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Bulacio vs. Argentina (2003): a apreensão policial de crianças e adolescentes e o respeito aos direitos humanos. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/bulacio-vs-argentina-2003-a-apreensao-policial-de-criancas-e-adolescentes-e-o-respeito-aos-direitos-humanos/>. Acesso em 14 jan. 2021.

²²³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves Ferraz, MARCOLINO, Danilo Sardinha. O caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai da Corte IDH (2002): o dever do Estado de garantir a vida digna a crianças privadas de liberdade. *Casoteca do NIDH – UFRJ*. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-caso-instituto-de-reeducacao-do-menor-vs-paraguai-da-corte-idh-2002-o-dever-do-estado-de-garantir-a-vida-digna-a-criancas-privadas-de-liberdade/>. Acesso em 14 jan. 2021.

²²⁴ VIEIRA, Adriana dos Santos. Complexo do Tatuapé da Febem vs. Brasil (2005-2006): o caso das crianças e adolescentes privados de liberdade. In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79 e ss.

²²⁵ LEGALE, Siddharta. Unidade de Internação socioeducativa vs. Brasil (2011-2017): soluções para o Estado de coisas Inconstitucional e Inconvencional. In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41.

casuística e cuidadosa que considere a necessidade de proteção da criança em seu melhor interesse e para a sua proteção integral, bem como as possibilidades da família, da sociedade e do Estado.

293. No Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 227, constitucionalizou o dever de o Estado, a sociedade e a família preservarem a convivência familiar e comunitária²²⁶. Vale registrar que a Constituição Federal eliminou qualquer diferença entre filhos biológicos ou adotados com o art. 227, § 6º. Em 1990, o Brasil aprovou o “Estatuto da Criança e do Adolescente” que é a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. A legislação do Estado Brasileiro é tida como uma das pioneiras e mais avançadas do mundo em estabelecer parâmetros detalhados e protetivos às crianças.

294. Em linhas gerais, as suas normas procuram, de um lado, preservar a convivência entre mãe/pai privada/o de liberdade e seus filhos sempre que seja possível, independente de autorização judicial, e, de outro, estabelece a possibilidade de uma família substituta excepcional quando seja necessário para preservar o desenvolvimento integral das crianças²²⁷. O ato de segregação, portanto, só acontecerá de forma excepcional, nos termos do art. 121 da Lei n.º 8.069/1990²²⁸.

295. Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (STF) que o convívio familiar e comunitário, a preservação da liberdade tanto quanto possível e a interpretação excepcional do menor e a vedação à indeterminação devem servir à proteção integral da criança e do adolescente²²⁹. Em um Habeas Corpus, a Corte também já impediu a retirada

²²⁶ Constituição de 1988: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²²⁷ ECA, Art. 19 § 4 o Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

²²⁸ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. § 7º A determinação judicial mencionada no § 1º o poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (Incluído pela Lei n.º 12.594, de 2012)

²²⁹ ECA. Interpretação. O ECA há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e a integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. ECA. Segregação. O ato de segregação, projetando-se no tempo medida de internação do menor, surge excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do art. 121 da Lei

compulsória de um estrangeiro para preservar a relação socioafetiva e/ou dependência econômica entre o estrangeiro e o seu filho nascido no Brasil, após a prática do delito²³⁰.

296. A propósito, vale ressaltar que o STF, na ADPF 347/2015, reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (“ECP”) que assola os presídios brasileiros. Isso significa que (i) há uma omissão persistente do Estado brasileiro; (ii) violações massivas de direitos por parte do Poder Público; e (iii) um litígio estrutural entre a União, os Estados e o Distrito Federal, bem como entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o que dificulta encontrar soluções para o problema.

297. Siddharta Legale e David Araújo propõem a categoria do Estado de Coisas Inconvencional²³¹ (“ESCOIN”) a partir da qual defendem que existe também: (i) uma omissão persistente na resposta do Estado brasileiro às demandas por direitos solicitadas pela CIDH e pela Corte IDH das pessoas privadas de liberdade; (ii) uma violação massiva de direitos humanos previstos na CADH, como à vida, à integridade, ao devido processo legal, à proteção judicial – por conta da superlotação –, problemas de infraestrutura, pessoal insuficiente, treinamento e ausência de um combate à cultura de violência – que, inclusive, contou com um supercaso da Corte IDH reunindo diversos casos de violação²³²; e (iii) um litígio estrutural cuja ampliação do diálogo com a CIDH e a Corte IDH, por meio de visitas *in loco*, audiências públicas e reiteração de medidas provisionais e supervisões de cumprimento de sentença podem servir para ampliar o diálogo entre os órgãos e poderes do Estado em busca de soluções adequadas.

8.069/1990, não cabendo a indeterminação de prazo. [HC 88.473, rel. min.º Marco Aurélio, j. 3-6-2008, 1ª T, DJE de 5-9-2008.] ≠ HC 88.755, rel. min.º Cezar Peluso, j. 29-8-2006, 2ª T, DJ de 29-9-2006

²³⁰ Habeas corpus. Medida liminar. Expulsão de estrangeiro. Paternidade sobre filho menor impúbere brasileiro nascido após a prática do delito ensejador do ato de expulsão. O *status* quaestionis na jurisprudência do STF. Condições de inexpulsabilidade: dependência econômica ou vínculo socioafetivo. Considerações em torno do afeto como valor constitucional irradiador de efeitos jurídicos. A valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. A relação socioafetiva como causa obstativa do poder expulsório do Estado. Dever constitucional do Estado de proteger a unidade e de preservar a integridade das entidades familiares fundadas em relações hétero ou homoafetivas. Necessidade de proteção integral e efetiva à criança e/ou ao adolescente nascidos no Brasil. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar. Configuração do periculum in mora. Medida cautelar deferida.[HC 114.901 MC, rel. min.º Celso de Mello, j. 26-11-2012, dec. monocrática, DJE de 29-11-2012.]

²³¹ LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum* v.3, n.º 3, 2016.

²³² Para uma atualização do debate, cf. LEGALE, Siddharta e ARAÚJO, David Pereira de Araújo O estado de coisas inconvencional e o “supercaso” brasileiro em matéria penitenciária. Disponível em: <https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvencional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>. Acesso em 14 jan. 2021. A propósito, vale conferir também a exposição da *live* no Youtube da profa; Silvia Loureiro a respeito: <https://www.youtube.com/watch?v=xzsj1BV4V9M>. Acesso em 14 jan. 2021.

298. Seja pela existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), seja pela existência de um “Estado de Coisas Inconvencional” (ESCOIN), é inegável a existência de uma violação sistêmica e generalizada de direitos humanos fundamentais da população carcerária brasileira. Portanto, isso impactará as crianças e adolescentes em uma convivência familiar constitucional e convencionalmente adequadas²³³.

299. A prisão de mulheres gestantes, puérperas ou que fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda deveria ser, em regra, a da prisão domiciliar, visando ao interesse superior da criança, que não estaria resguardado caso essas crianças tivessem de ser acolhidas nas unidades penitenciárias com suas mães ou fossem privadas de seu convívio. A Corte IDH deveria exigir do Estado a inversão do ônus da prova, de modo que ele comprovasse, em situações análogas a do estado brasileiro, que os estabelecimentos prisionais teriam condições de preservar os direitos das crianças. Essa inversão do ônus é, particularmente, importante, tendo em vista que as mães, geralmente, são hipossuficientes, abandonadas pelos companheiros e alvo do racismo devido a sua cor da pele.

300. De forma mais específica, a legislação brasileira prevê: (i) a observância ao período de aleitamento exclusivo; (ii) a promoção de ações de interação, cuidado e estímulo ao desenvolvimento psicomotor, afetivo, educacional, de linguagem e cognitivo das crianças durante o período mínimo de acolhimento autorizado; (iii) o desenvolvimento de práticas que assegurem o direito à convivência familiar, em especial com pais e família extensa; (iv) a disponibilização de dias de visita exclusiva para os filhos e dependentes, crianças e adolescentes, em local adequado, não coincidentes com os dias de visita social, com definição das atividades e do papel da equipe multidisciplinar, nos termos da Lei n.º 8.742/93 e dos arts. 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente; (v) o desenvolvimento de ações de preparação da saída da criança do estabelecimento prisional e sensibilização das pessoas ou órgãos responsáveis por seu acompanhamento social e familiar, desde o seu nascimento; (vi) a garantia de espaço específico saudável para a custódia de gestantes e mulheres acompanhadas de seus filhos, dentro ou fora da Unidade Prisional, com estruturas, rotinas e equipamentos condizentes com sua condição, visando a reduzir a experiência do cárcere para mães e filhos e garantir a continuidade das relações familiares e comunitárias; (vii) a elaboração de planejamento institucional específico para

²³³ LEGALE, Siddharta. Unidade de Internação socioeducativa vs. Brasil (2011-2017): soluções para o Estado de coisas Inconstitucional e Inconvencional. In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 85 e ss.

os espaços de convivência entre mãe e filho, que deverão ser guiados pelos princípios de autonomia, privacidade, incompletude institucional e convivência familiar.

301. O Estado brasileiro apresenta uma taxa de ocupação de 156,7% e um déficit global de 15.326 vagas em presídios somente entre mulheres, de acordo com a segunda edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres²³⁴, produzida em 2018. Assim, considerando os dados populacionais gerais, havia no período uma taxa de 40,6 mulheres presas no país para cada grupo de 100 mil.

302. No ano de 2015, de acordo com o mesmo relatório, o Brasil encontrava-se na quarta posição entre os países que mais encarceram mulheres no mundo, sendo que, enquanto os outros países apresentam tendência a diminuir a taxa de aprisionamento de mulheres, o Brasil revela franca expansão – entre 2000 e 2016, o país teve um aumento de 455%.

303. Quanto à existência de filhos, foi possível identificar que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos – no mesmo período, 53% dos homens declararam não ter filhos. Essa desigualdade entre homens e mulheres torna necessária a formulação de serviços e estruturas penais capazes de proporcionar a adequada institucionalização da criança, bem como de minimizar os efeitos da separação da mãe na sua vida. No entanto, os direitos de mães e filhos têm sido negligenciados nas unidades prisionais femininas brasileiras.

304. O relatório do Infopen Mulheres revela que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para homens e, posteriormente, adaptada para custódia de mulheres, não atendendo, assim, suas especificidades, como atividades que viabilizam o aleitamento no sistema prisional, espaços para os filhos dessas mulheres, espaços específicos para custódia de gestantes, entre outras.

305. Tal realidade desrespeita o art. 2, IV, da Resolução n.º 252, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a

adequação dos estabelecimentos prisionais femininos, especialmente quanto à arquitetura prisional e à execução de atividades e aos procedimentos e rotinas da gestão prisional, garantindo à gestante e à mulher com filho lactente condições de atendimento às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde.

306. Desse modo, o relatório demonstra que a infraestrutura prisional brasileira é incompatível com o exercício da maternidade no cárcere. É certo que a maioria das unidades prisionais no país não conta com celas ou dormitórios adequados para custodiar gestantes. Igualmente, segundo o relatório do Infopen Mulheres, apenas 14% das unidades

²³⁴ Foram colhidas informações junto a 1.418 unidades prisionais estaduais, até junho de 2016.

femininas ou mistas contam com berçários ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês de até dois anos de idade.

307. Já a situação de crianças com mais de dois anos é ainda pior: apenas 3% das unidades prisionais do país declararam dispor de creche (representando uma capacidade para receber apenas 72 crianças acima de dois anos).

308. Em 2006, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) aprovou o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária para o Brasil. Seu objetivo foi favorecer a implementação de ações visando a concretizar a preservação dos vínculos familiares e, ainda, destacar a necessidade de proteger as crianças e os adolescentes contra as violações de direitos no contexto intrafamiliar, cultural e social.

309. De acordo com o Provimento n.º 63/2017 do CNJ, os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana devem ser fundamento da filiação civil e há possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade. O provimento n.º 83/2019 do CNJ, aperfeiçoa o anterior, firmando um caminho sem volta da redução de burocracias e da extrajudicialização para concretização da parentalidade socioafetiva.

310. O atual Código Civil, por outro lado, não traz nenhum dispositivo que trate especificamente da paternidade socioafetiva. Contudo, o ordenamento jurídico, por meio dos princípios orientadores do direito de família, aplica de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica e os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*) e da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III). Nesse raciocínio, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva, trânsito desimpedido de sua pretensão²³⁵.

²³⁵ STJ, REsp 1189663 RS 2010/0067046-9, Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA Publicação, DJe 15/09/2011, Julgamento 6 de Setembro de 2011 Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI

B) QUE OBRIGAÇÕES TEM O ESTADO EM MATÉRIA DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE E À ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM AS MÃES?

311. No Brasil, de acordo com a Lei de Execução Penal (LEP), art. 41, X, os pedidos de visita a familiar preso, formulados por criança ou adolescente, devem ser apresentados, junto ao Juizado da Infância e da Juventude para verificar a conveniência da medida e assegurar o interesse do menor, e não o direito do preso em receber a visita de familiares.

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º, § 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 11, §2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

312. Tratando-se do contexto internacional, em que pese o enfoque da presente Opinião Consultiva considerar grupos em privação de liberdade, as perguntas a serem respondidas mencionam direitos que doutrinariamente se inserem no grupo dos direitos sociais, econômicos e culturais (DESC), como o direito à saúde. Assim, propõe-se a inclusão de um aporte doutrinário sobre os DESC. Em contexto brasileiro, o Estado deve garantir a boa saúde das crianças acolhidas, conforme disposto no art. 10 da Resolução n.º 252/2018, CNJ:

Art. 10 – Todas as crianças filhas de mulheres privadas de liberdade acolhidas junto a sua mãe no período legalmente permitido têm direito ao acesso a ações de atenção integral à saúde, que incluem cobertura vacinal, acompanhamento do crescimento e desenvolvimento e realização de exames e consultas médicas.

313. Nos Tribunais Superiores brasileiros, as decisões envolvendo mulheres privadas de liberdade e seus filhos caminham na esteira do julgamento do Habeas Corpus coletivo

143.641/SP. Naquela ocasião, a 2ª Turma do Superior Tribunal Federal concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada.

314. O mérito da questão suscitada no *writ* girava em torno do art. 5º, L, da CRFB, que determina a necessidade de se assegurarem às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, bem como dos incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal – os quais preveem a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando as encarceradas estiverem gestantes ou forem mães de crianças de até 12 anos de idade.

315. Além disso, tal decisão considerou os arts. 227 e 229 da CRFB, que dizem respeito aos direitos das crianças e adolescentes e às responsabilidades do Estado, da família e da comunidade de garanti-los. Assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar reclamada atendia ao interesse superior dos filhos das mulheres privadas de liberdade.

316. No entanto, é certo que o tema a respeito de crianças que permanecem com a mãe em unidades prisionais não é muito recorrente nos Tribunais Superiores do país. Tal fato evidencia a invisibilidade da questão, seja pela resistência em garantir direitos às presas, seja pelas dificuldades que têm de acessar a Justiça.

317. Cabe ressaltar que todas as decisões do período mencionado acima – de 2002 a 2012 – foram anteriores ao julgamento do HC 143.641/SP pelo STF, que data de fevereiro de 2018. Contudo, entende-se importante observar a atuação dos Tribunais Superiores no período, pois, como já mencionado, a baixa ocorrência de decisões colegiadas a respeito das crianças que vivem com suas mães em unidades prisionais revela a falta de acesso dessas mulheres à Justiça, bem como a indiferença do Estado quanto à sua situação.

C) QUAIS OS DEVERES DO ESTADO PARA ASSEGURAR UM DESENVOLVIMENTO ADEQUADO DAS CRIANÇAS QUE VIVEM EM CENTROS DE DETENÇÃO COM AS MÃES, INCLUSIVE O RELACIONADO À INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA, À SOCIALIZAÇÃO, À EDUCAÇÃO E À RECREAÇÃO?

318. A Corte IDH já se manifestou no sentido de que as crianças, assim como os adultos:

poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos [...] y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.²³⁶

319. A vulnerabilidade da criança e do adolescente já foi reconhecida, inclusive, pelo juiz Cançado Trindade em voto no caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (Niños de la Calle), julgado pela Corte IDH em 1999. Pelo conceito de vulnerabilidade essencial, às crianças deve ser garantido o “acesso a condições que garantam uma existência digna”. Relativamente a tais prestações, entende a doutrina que o Estado é obrigado a tomar medidas positivas de caráter especial.

320. Nos casos de filhos cuja mãe cumpra pena privativa de liberdade, é necessário atentar para as Convenções temáticas: (i) Sistema Interamericano: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (art. 4, b); e (ii) Sistema Global: a) Convenção dos Direitos da Criança, b) Regras para a proteção dos menores privados de liberdade e c) Regras de Bangkok.

321. Importante lembrar que, de modo geral, a categoria jurídica das regras é a de recomendações, ou seja, não possuem caráter vinculante para os Estados. Contudo, no caso da proteção dos direitos das crianças, a configuração muda. Conforme Bueren²³⁷:

Aunque en sí las Reglas no son más que recomendaciones y, por ende, no son obligatorias, algunas de ellas han cobrado un cariz más vinculante, debido a su inclusión en el derecho de tratados. Las Reglas se basan en las normas fundamentales de la Convención sobre los derechos de los niños.

322. No ordenamento jurídico brasileiro, é possível citar um marco em que se utilizaram as Regras de Bangkok como fundamentos e representaram avanço quanto aos direitos das

²³⁶ Caso “Instituto de Reeducação del Menor” vs. Paraguay, § 147.

²³⁷ BUEREN, Geraldine Van.º *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad*. Disponível em: http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_Privados_de_libertad.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

mulheres presas e com filhos, no HC coletivo 143.641/SP, que se refere à conversão de prisão preventiva em domiciliar no caso de mulheres com filhos de até 12 anos. Em virtude dessa realidade, o Supremo Tribunal Federal adotou a decisão de permitir a prisão domiciliar a mães gestantes, puérperas e com crianças até 12 anos de idade. Desse modo, as mães poderão levar a seus filhos uma qualidade de vida melhor, com acesso à sociedade e podendo ter uma chance de se reintegrar, ter acesso à educação básica em escolas, bem como todos os direitos previstos em lei – construindo, assim, um futuro melhor.

323. Em seu voto²³⁸, o Ministro Lewandowski destaca o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar, a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.

324. Além disso, o “Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro” já foi reconhecido anteriormente pelo STF. No caso específico das crianças, o ministro chamou atenção para a aplicação do princípio da individualização da pena, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e do princípio da primazia dos direitos da criança.

325. Consequentemente, o Ministério da Justiça, com esforços do Departamento Penitenciário Nacional, buscando melhorar a condição das mulheres encarceradas, em 2014, expediu a Portaria Interministerial MJ SPM n.º 210, de janeiro de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional – PNAME.

326. Esse instrumento define as diretrizes, os objetivos e as metas voltadas à melhoria da situação do sistema penitenciário feminino, com base nos normativos afetos às mulheres presas, egressas e seus filhos – estando, inclusive, em consonância com as recomendações das Regras de Bangkok, que convida os Estados-membros a desenvolver leis, procedimentos, políticas e planos de ação considerando as necessidades e realidades específicas das mulheres presas.

327. A importância da formação dessa política específica para mulheres se dá em grande parte pelas especificidades do gênero feminino frente ao gênero masculino, como, por exemplo, a gestação.

²³⁸ STF. Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641, pp. 5-6-8-13-21. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 14 jan. 2021.

328. A Lei n.º 11.942, de 27 de maio de 2009, foi um importante marco ao assegurar condições mínimas para mães presas e seus filhos, inclusive dispondo sobre um tempo mínimo de seis meses para a amamentação, e estabelecendo uma seção para gestantes e parturientes, bem como creche para crianças menores de sete anos desamparadas, cuja responsável esteja presa.

329. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) emitiu a Resolução n.º 04, de 15 de julho de 2009, estabelecendo importantes diretrizes acerca das alterações que ocorreram na Lei de Execução Penal (LEP), reforçando a importância do aleitamento materno, instruindo sobre a separação da criança da mãe, bem como dispondo de outras orientações. Válido ressaltar o art. 1º, inciso II, da referida resolução:

Art. 1º A estada, permanência e posterior encaminhamento das (os) filhas (os) das mulheres encarceradas devem respeitar as seguintes orientações: (...) II – Continuidade do vínculo materno, que deve ser considerada como prioridade em todas as situações.

330. Dessa forma, existe a preservação do princípio da convivência familiar, da proteção integral da criança, que, especificamente nesse caso, submete a criança a um estabelecimento prisional, não como se presa fosse, mas adequando as penitenciárias para o recebimento dessas crianças, priorizando seu desenvolvimento pleno e saudável.

331. Em 22 de julho de 2010, o Brasil participou da 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), que traçou normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas, chamadas “Regras de Bangkok”. Trata-se de um importante documento na medida em que considera a necessidade de atenção diferenciada às especificidades femininas dentro do sistema prisional.

332. As Regras de Bangkok, que tratam da relação das mães presidiárias com seus filhos, e ressaltam a condição de vulnerabilidade em que ambos se encontram. Inclusive, atentando para o melhor interesse da criança e a manutenção dos laços familiares, prevê a possibilidade de suspensão, por um período razoável, da detenção de mães que são responsáveis pela guarda de seus filhos (Regra 2.1 e 2.2 de Bangkok).

333. Ainda segundo as Regras de Bangkok, as sanções de isolamento, segregação disciplinar e instrumentos de coerção, não serão aplicados contra mulheres grávidas ou que estejam amamentando (Regra 22 e 24 de Bangkok).

334. Ainda, entendendo que a mãe é a fonte de sustento das necessidades do bebê, as penitenciárias deverão fornecer orientações sobre dieta e saúde para suprir as necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas e de seus filhos, bem como fornecer

gratuitamente a alimentação adequada para as gestantes, bebês, crianças e lactantes (Regra 48.1, 2 e 3 de Bangkok).

335. De acordo com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), o art. 9º da Resolução n.º 04/2009 prevê para as gestantes que estiverem trabalhando na unidade prisional um período de licença da atividade laboral exercida, durante seis meses, devendo esse período ser considerado para fins de remição. O art. 3º da Resolução n.º 04/2009, do CNPCCP, estabelece fases para que ocorra a separação entre a mãe e a criança.

336. A Lei n.º 13.769/2018 consolida os requisitos para a concessão de prisão domiciliar das mães. Nesse sentido, segue decisão do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Paciente lactante. Revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, concessão de prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 6. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP. 7. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar. (HC 134069, Relator(a): Min.º GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016).

337. A absoluta prioridade refere-se ao atendimento, via políticas públicas, das necessidades das crianças e adolescentes, preferencialmente e em regime de solidariedade com os demais devedores dessa obrigação de garantia expressa na Constituição, no mesmo art. 227:

Quando dissemos que a família, sociedade e Estado são “devedores” o objetivo é deixar claro que podem ser cobrados, inclusive judicialmente, para atender os comandos decorrentes da absoluta prioridade. Vamos além: entendemos que a responsabilidade da família, sociedade e Estado é solidária, ou seja, todos podem ser acionados e qualquer um pode ser cobrado da integralidade de sua prestação.²³⁹

338. Estando o direito à saúde expressamente incluído nesse artigo, considerando a doutrina trazida por ARANGO sobre o fundamento filosófico dos DESCAs, bem como a proteção integral com fundamento na dignidade da pessoa humana igualmente adotada pela Constituição (art. 1º, III)²⁴⁰ – especialmente no caso das crianças cujas mães são privadas de liberdade –, vê-se que não é razoável exigir que essas mães sejam as responsáveis primárias – ou solidárias, sequer – pela garantia dos direitos mínimos a seus filhos e filhas: a situação de privação de liberdade já torna, por si só, o Estado como

²³⁹ *Idem*, p. 48.

²⁴⁰ *Idem*, p. 45.

garantidor da vida e integridade psicofísica delas, estando as crianças também abarcadas por tal dever.

339. Em livro publicado pelo Instituto Alana, uma das instituições atuantes na referida ação, a premissa é dura: “Prisões não foram pensadas para crianças”.²⁴¹ Das inúmeras violações sistemáticas, destacam-se²⁴²:

o estresse tóxico, decorrente tanto da ausência de condições dignas às crianças que permanecem dentro do ambiente prisional, cuja precariedade já afeta a mãe e as priva de liberdade por via reflexa; quanto do rompimento de vínculos caso haja a institucionalização dos filhos ou filhas, neste último caso sendo violados o direito à educação e à convivência familiar. Em ambos os casos, há impactos no desenvolvimento corporal – a exemplo do cerebral, conforme estudo de 2014 realizado pela Universidade de Harvard²⁴³ – mais gravosos durante a primeira infância;

falta de acesso a condições de saúde da mãe, como o pré-natal não assegurado adequadamente, a violência obstétrica e a negligência quanto ao aleitamento materno, prejudicam direta e reflexamente a saúde das crianças.

340. Igualmente, é possível transpor o princípio constitucional da individualização da pena do art. 5º, XLV, pelo qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” e, portanto, nenhuma privação de liberdade passará da mãe para seus filhos ou filhas. Deve ser ainda rechaçado o princípio da *less eligibility*/menor elegibilidade, segundo o qual as condições de vida no cárcere devem ser necessariamente piores do que a vida em liberdade, pois às crianças – dentro e fora do ambiente prisional – deve ser garantido igual rol de direitos e proteção, considerando os fundamentos *supra*.

²⁴¹ *Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças*. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 41. Disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2019/05/pela_liberdade.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

²⁴² *Idem*, p. 42 – 43.

²⁴³ CENTER ON THE DEVELOPING CHILD OF HARVARD UNIVERSITY. *Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain*, 2014, p. 5: “Science does not support the claim that infants and young children are too young to be affected by significant stresses that negatively affect their family and caregiving environments”. Disponível em: https://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress_Disrupts_Architecture_Developing_Brain-1.pdf. Acesso em 14 jan. 2021.

12. AMEFRICANOS PRIVADOS DE LIBERDADE E A (IN)JUSTIÇA RACIAL INTERAMERICANA: AS PERGUNTAS NÃO FEITAS E A SUA NECESSIDADE

341. A Clínica IDH da UFRJ decidiu, deliberadamente, realizar uma crítica à CIDH e à Corte IDH, levantando questões não formuladas²⁴⁴ e provocando os órgãos a considerar as particularidades em relação aos direitos das pessoas afrodescendentes privadas de liberdade. O objetivo foi auxiliar que se evite que a CIDH e a Corte IDH deixem de se manifestar sobre um tema tão relevante e incorram no que Lélia Gonzalez denominou, em uma categoria autoexplicativa, de “racismo por omissão”²⁴⁵. Buscou-se ainda responder a essas perguntas, discorrendo sobre as obrigações específicas em relação aos afrodescendentes privados de liberdade.

342. Para tanto, a Clínica IDH/UFRJ consultou e propôs uma parceria ao CERCO – Grupo de pesquisa da UFRJ sobre Estado, racismo e decolonialidade –, solicitando que formulasse e respondesse às perguntas que o grupo entendia imprescindíveis para combater o racismo institucional que assola as instituições latino-americanas e interamericanas – que deveriam ser responsáveis por proteger direitos, mas, paradoxalmente, não conseguem debelar o genocídio do povo negro²⁴⁶, denunciado há décadas por Abdias Nascimento, que ressaltava a necessidade de aquilombar-se para poder sobreviver²⁴⁷, e que tornou-se ainda mais evidente para o mundo depois da viralização do caso George Floyd nos EUA e do fortalecimento do movimento *black lives matter*²⁴⁸. Fruto dessa parceria por uma justiça racial interamericana, escreveu-se o item 12 do presente memorial.

343. Nas Américas de forma geral, e no Brasil em particular, não é possível fazer um diagnóstico acurado da realidade prisional sem considerar o racismo. Nesse sentido, destacar um tópico específico para ponderar sobre as violações de direitos humanos cometidas contra pessoas não brancas – e, em especial, contra pretos e pardos – dentro das

²⁴⁴ Cabe ressaltar que já é uma posição consolidada desta Corte que ela tem a faculdade de reformular as perguntas apresentadas nas solicitações de opinião consultiva. Corte IDH. “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta” (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Série A No. 7, §12.

²⁴⁵ A professora e ativista negra, usou a expressão para se retirar do Partido dos Trabalhadores a qual era filiada por não prever em seu Programa partidário a pauta contra o racismo. Cf. RATTI, Alex; RIOS, Flávia. *Lélia Gonzalez*. São Paulo : Selo Negro, 2010, edição do Kindle.

²⁴⁶ NASCIMENTO, Abdias. *O Genocídio do negro brasileiro: Processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Ipeafro, 2016.

²⁴⁷ NASCIMENTO, Abdias. *O quilombismo: Documentos de uma militância Pan-Africanista*. Rio de Janeiro: Ipeafro, 2019.

²⁴⁸ BARRIE, Christopher. Searching Racism after George Floyd. In: *Sociological Research for a Dynamic World*, v. 6, 2020.

prisões americanas – tomando por referência o sistema brasileiro – mostra-se imprescindível, em um esforço para propor alternativas às injustiças vivenciadas por encarcerados.

344. A invisibilização do negro, nas prisões – a crônica incapacidade dos operadores do Direito em compreender como a discriminação racial impacta na estrutura carcerária – oculta violências e perpetua o “mito da democracia racial” – isto é, a crença de que nos encontramos em um mundo pós-racial, em que as diferenças étnicas não têm verdadeiro peso sobre a maneira como brancos e não brancos são tratados.

345. Em um contexto calcado na “guerra às drogas”, pretos e pardos apreendidos com pequenas quantidades de entorpecentes são classificados como traficantes, ao passo que brancos apreendidos com grandes quantidades são encarados como usuários. Nessa toada, é nítida a discriminação racial a partir da qual o Poder Judiciário opera. Contudo, após serem condenados e encaminhados para a prisão, as diferenças entre brancos e negros tenderiam a desaparecer no quadro de barbárie generalizada perpetrada pelo sistema? Entendemos que não.

346. Se, na sociedade capitalista, proletários e subproletários são aqueles que não possuem nenhum outro meio de produção que não seus próprios corpos, é preciso reconhecer – mormente no âmbito de um capitalismo pós-escravista – que corpos diferentes são valorados de formas diferentes pelo mercado. Nossa cultura confere *status* distintos ao corpo feminino e ao corpo masculino, ao corpo com deficiência e ao corpo sem deficiência, ao corpo negro e ao corpo branco.

347. Mesmo entre indivíduos de uma mesma classe social, a diferença racial opera como marcador que desnivela as relações. Assim, em grupos marcados pela extrema vulnerabilidade, a “branquitude como propriedade” segue funcionando como um instrumento que confere, ao seu detentor, prerrogativas e privilégios de que são privados os não brancos. É por isso que, ainda quando se trata de um contexto como o prisional, atravessado por exclusões e violências, é de capital importância que se considere a maneira como a “linha da cor” institui diferenças de tratamento, de condições e de recursos entre apenados brancos e negros.

348. Buscou-se, nos moldes das perguntas encaminhadas pela CIDH, formular questões que pudessem elucidar, precisamente, as assimetrias que – mesmo no seio de um grupo tão marginalizado quanto o dos encarcerados – o racismo produz. As violações aos direitos humanos sofridas por negros encarcerados não são – em virtude da

“multidimensionalidade das opressões” – exatamente idênticas às sofridas por brancos encarcerados. Uma leitura interseccional permite que se reconheça que, com a violência institucional contra o apenado, mescla-se a violência institucional contra o negro, forjando novas modalidades de exclusão. Não se trata, vale salientar, de mera justaposição: ser negro e encarcerado – ou ser negro e encarcerado e mulher, ou ainda ser negro e encarcerado e mulher e homossexual. Na verdade, isso torna o indivíduo vulnerável a uma ecologia específica de segregação. Essa percepção guiou o desenvolvimento da pesquisa realizada pela equipe, desde a elaboração das perguntas até o levantamento de dados e a análise dos resultados.

349. O Direito contemporâneo é marcado pela “cegueira da cor” – conceito que parte do pressuposto de que as normas, gerais e abstratas, não fazem “acepção de pessoas”, e, por conseguinte, não contribuem para a discriminação racial. Contudo, em analogia à Angela Davis²⁴⁹, pode-se dizer que, em uma sociedade racista, não basta ao Direito não ser, ele próprio, racista – é preciso que ele seja antirracista. A pretensa neutralidade de nosso ordenamento jurídico – que, na verdade, mostra-se comprometido com a mundivisão do homem branco heterossexual cisgênero sem deficiência, tomado como paradigma – acaba por perpetuar o racismo estrutural, escondendo, sob seu formalismo, as assimetrias concretas que atravessam nossa sociedade pós-escravocrata.

350. Em virtude da “cegueira da cor”, é raro que o Poder Judiciário e as instituições prisionais reflitam sobre as discriminações que eles próprios cometem. Por conseguinte, existem pouquíssimas informações oficiais que tratam, por exemplo, do impacto do racismo na “reincidência criminal” de brancos e negros. São mais parcos ainda os dados acerca do impacto que a “linha da cor” tem na forma como, dentro das prisões, brancos e negros são tratados por agentes de segurança pública. Devido a essa enorme lacuna no que tange a números globais, optou-se, no desenvolvimento do presente memorial, por seguir outra metodologia. Buscou-se, a partir de uma investigação “indiciária” e “qualitativa”, completar as poucas informações oficiais de que se dispôs no que tange ao racismo no sistema prisional. A partir de entrevistas – algumas já publicadas, e outras inéditas – com atores que operam diretamente junto a encarcerados – mães e pais de santo, assistentes sociais, entre outros –, bem como de depoimentos pessoais – assumindo estratégias propostas pela Pesquisa-Ação e pela Pesquisa Participante –, tentou-se compor um painel –

²⁴⁹ DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Boitempo 2016. Entre nós, propondo uma lista breve e prática de como podemos ser antirracista, cf. RIBEIRO, Djamila *Pequeno Manual Antirracista*. Companhia das letras, 2019.

ou, ainda, um caleidoscópio – da realidade prisional que pudesse, ainda que de forma impressionista, oferecer, por meio da coleta de casos emblemáticos, uma nova visão sobre a realidade do negro nas prisões. A ênfase em tais metodologias – que a Teoria Racial Crítica vem explorando dentro da chave de uma “epistemologia situada” – não retira a objetividade da análise, mas esforça-se para, face a ausência de dados oficiais – sintoma do racismo institucional –, apresentar perspectivas que permitam o avanço do debate.

A) QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA GARANTIR O ACESSO À ASSISTÊNCIA RELIGIOSA DE MATRIZ AFRICANA NOS PRESÍDIOS?

351. As religiões de matriz afro-diaspórica – como o candomblé e a umbanda – desenvolveram-se no Brasil como espaços para a formação da consciência negra. Apesar de a mídia e as instituições de ensino, por vezes, invisibilizarem os afro-brasileiros – evitando tematizar dilemas por eles enfrentados em seu cotidiano –, terreiros representam centros de mobilização política e de constituição de laços afetivos. Em regiões periféricas – em que praticamente inexistem serviços públicos, como escolas e hospitais –, sacerdotes de religiões afro-brasileiras frequentemente atuam como lideranças sociais, sendo de cardeal importância para a sobrevivência do povo preto no Brasil. Frequentemente, negligencia-se a importância das religiões afro-diaspóricas na subsistência, espiritual e material, da comunidade negra, o que inviabiliza uma compreensão integral da dinâmica de lutas que se dá nas margens – faveladas, quilombolas, sertanejas – da realidade nacional. Em virtude de sua importância sociopolítica, tais expressões culturais e religiosas foram, historicamente, perseguidas pelo Poder Público. Não são raros os casos, por exemplo, de terreiros de candomblé destruídos pela polícia. As violências estatais praticadas contra a religiosidade afro-brasileira impactam, diretamente, no tratamento que seus adeptos recebem dentro do sistema carcerário. Embora o ordenamento jurídico brasileiro garanta ao preso a assistência religiosa, com liberdade de culto, são inúmeros os relatos de mães e pais de santo que se viram impedidos de entrar em prisões para atender a afrodescendentes encarcerados – revelando a necessidade de repensar-se a relação do Estado brasileiro com as religiões afro-diaspóricas.

352. Pode ser de alguma utilidade, aqui, apresentar o conceito de “racismo estrutural” elaborado por Silvio Almeida²⁵⁰ – intimamente ligado ao racismo institucional, que estabelece um *modus operandi* a partir de princípios racialmente discriminatórios. Para ele, o racismo é um processo social, histórico e político que se reúne para discriminar as pessoas negras de forma sistemática. As “microagressões” cotidianas que acometem os membros das religiões afro-brasileiras ajudam a compor o quadro do racismo estrutural que norteia as relações de poder em nossa sociedade.

353. No que tange ao contexto religioso brasileiro, assistiu-se, nos últimos anos, a uma acelerada expansão dos seguidores das religiões cristãs, principalmente evangélicas. Homens e mulheres jovens, nas periferias dos grandes centros urbanos brasileiros, ingressam em igrejas neopentecostais – muito influenciadas pelo televangelismo estadunidense, que despontou a partir da década de 1970 e se espalhou por outros países das Américas.

354. Essas igrejas oferecem serviços, como aconselhamento matrimonial, creches, entretenimento, banco de vagas de emprego, que o Estado brasileiro muitas vezes recusa-se a disponibilizar nas periferias. Isso ajuda a explicar sua disseminação exponencial, sobretudo entre os grupos mais vulneráveis. É notório, por outro lado, que a maior presença do neopentecostalismo nessas comunidades aumentou os casos de intolerância religiosa direcionada às pessoas que cultuam as religiões de matriz africana. Além disso, é fato que muitos policiais e agentes penitenciários – eles próprios, periféricos – adotaram o discurso evangélico, e, com ele, um conjunto de preconceitos contra a umbanda e o candomblé. O racismo termina assim, por se agravar.

355. Nesse diapasão, é interessante citar o Babalorixá Sidnei Barreto Nogueira, que esclarece que o racismo teria como objetivo “matar existência, eliminar crenças, apagar memórias, silenciar origens”. Encontra-se abaixo o entendimento:

O preconceito, a discriminação, a intolerância e, no caso das tradições culturais e religiosas de origem africana, o racismo se caracterizam pelas formas perversas de julgamentos que estigmatizam um grupo e exaltam outro, valorizam e conferem prestígio e hegemonia a um determinado “eu” em detrimento de “outrem”, sustentados pela ignorância, pelo moralismo, pelo conservadorismo e, atualmente, pelo poder político – os quais culminam em ações prejudiciais e até certo ponto criminosas contra um grupo de pessoas com uma crença considerada não hegemônica.²⁵¹

²⁵⁰ ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

²⁵¹ NOGUEIRA, Sidnei. *Intolerância religiosa*. São Paulo: Sueli Carneiro: Pólen, 2020.

356. Segundo Ana Maria Quiroga²⁵², após a Proclamação da República, ocorreu a diminuição do catolicismo no cárcere e a prevalência do evangelismo nesses locais, de modo a evidenciar a pequena ou até inexistente presença das religiões de matriz africana e espíritas nesses locais²⁵³⁻²⁵⁴. Fato que demonstra que as unidades prisionais são afetadas pelo racismo estrutural presente na sociedade brasileira, tendo em vista que a população carcerária brasileira é majoritariamente composta por pretos e pardos²⁵⁵.

357. O Brasil é signatário de diversas Cartas Internacionais que garantem a liberdade religiosa, como o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e o art. 41, do 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes. Além disso, possui, a propósito do tema, mandamentos constitucionais e legais internos, a saber, o art. 5º, VI, VII e VIII, da CRFB/88; os arts. 11 e 24, da Lei de Execução Penal n.º 7.210/84; e os arts. 1º e 2º, da Lei n.º 9.982/2000. Contudo, a despeito de tais institutos, é possível verificar que a assistência religiosa de matriz africana nas unidades prisionais brasileiras não é devidamente protegida.

358. Ocorre que é dificultoso para as religiões de matriz africana adentrar as unidades carcerárias para prestar assistência religiosa. Em 21 de janeiro de 2020, a Irmã Petra, coordenadora nacional da Pastoral Carcerária, relatou: “As religiões de matrizes africanas, por exemplo, não entram. Como essas pessoas presas podem exercer sua religião?”. Nessa mesma entrevista, Batia Jello Shinzato, sacerdotisa do Ilê Axé Opô Olodoydé relata que:

A Pastoral sofrer restrições vem da necessidade do Estado de cumprir seu objetivo de eliminar o povo preto, pobre e periférico, por causa das denúncias que ela faz. Enquanto que nós, matrizes africanas, somos a religião desse povo que deve ser eliminado, então também querem nos eliminar. Somos preto por excelência, e ser preto nesse país é crime.²⁵⁶ [sic]

²⁵² QUIROGA, Ana Maria. Religiões e Prisões no Rio de Janeiro: presença e significados. In: QUIROGA, Ana Maria et al. (Org). *Comunicações do ISER*, n.º 61, 2005, pp. 13-21.

²⁵³ FREITAS, Ricardo Oliveira de. Quando o voluntariado é axé: a importância das ações voluntárias para a caracterização de uma religião solidária e de resistência no Brasil In: Mandarino, A. C. S & Gomberg, E. (Orgs.). *Leituras afro-brasileiras: territórios, religiosidades e saúdes*. São Cristóvão: editora UFS; EDUFBA. 2009. p.205-240.

²⁵⁴ GOMBERG, Estélio. *Hospital de orixás: encontros terapêuticos em um terreiro de Candomblé*. Salvador: EDUFBA. 2011. 203p.

²⁵⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2017.

²⁵⁶ PASTORAL CARCERÁRIA. *Intolerância Religiosa: as restrições ao culto da fé sofridas no cárcere*. Disponível em: <https://carceraria.org.br/igreja-em-saida/intolerancia-religiosa-as-restricoes-ao-culto-da-fe-sofridas-no-carcere>. Acesso em 14 jan. 2021.

359. Nesse sentido, é patente a discriminação institucional em face das religiões de matriz africana, o que gera a violação a dispositivos constitucionais e legais no que se refere ao direito das pessoas encarceradas de receber auxílio religioso.

360. No caso em que há assistência religiosa de matriz africana em presídios, a supremacia das igrejas neopentecostais mina a liberdade religiosa nesses espaços. Observe-se os relatos obtidos em uma pesquisa de campo realizada por Djean Ribeiro Gomes e Mônica Limas de Jesus no contexto prisional baiano:

Eu falo também sobre essa intolerância religiosa dentro da cadeia, principalmente se acontece muito com o pessoal da igreja católica, muito mais com o pessoal, entendeu, de matrizes africanas. Foram [outros colegas de custódia] tirar cadeia aí dentro e nenhuma cela aceitou. O Frente²⁵⁷ não aceitou porque a pessoa era de matrizes africanas ou era católico. “Não, aqui só tira evangélico”, que evangélico que eles são? São coisa nenhuma (Boiadeiro, 11/07/17)²⁵⁸. [sic]

361. E adiante:

Antes era muito mais aberto né? Então, cê tinha assim, são intolerantes [agentes penitenciários evangélicos] mesmo. Mas como, de certa forma passou a ter algumas questões, algumas cobranças em relação a isso, então, passaram a ser mais estratégicos, mas são intolerantes. E de vez em quando eu comento, coloco essa questão pros pastores que chegam lá, aí eu coloco essa situação. E aí a gente vê a reação: ‘é pastora dentro dessa questão’, e digo ‘não! Sou de matriz africana’ né? Aí os colegas que tão assim, o riso, o deboche, aquele lance de não se autodeclarar inimigo, mas também vem logo com aquele subterfúgio, desqualificação, desqualificadora. (Arariboia, 19/10/17)²⁵⁹. [sic]

362. Os depoimentos acima possibilitam compreender que é urgente um sistema educacional transversal dentro das prisões, de forma a incentivar a adoção de práticas antirracistas e plurais para que seja possível o exercício da prática religiosa de matriz africana no cárcere sem qualquer tipo de discriminação.

363. A respeito do amálgama entre o racismo religioso e o racismo institucional do Estado brasileiro, merecem menção as reflexões de Ciani Sueli das Neves²⁶⁰ sobre o fato de que sempre houve clareza no projeto político de manutenção de mecanismos de controle e poder, de forma a perpetuar o exercício do domínio sobre os sujeitos praticantes das

²⁵⁷ “Custodiado que tem função de chefia ou porta-voz de uma unidade ou ala prisional”.

²⁵⁸ GOMES, Djean Ribeiro; JESUS, Monica Limas de. Entre discursos intolerantes e privilégios religiosos: práticas discursivas sobre religiões de matrizes africanas no cárcere baiano. *ODEERE – Revista do Programa de Pós-Graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade*. Volume 4, número 8, Julho – Dezembro de 2019, p. 260-291.

²⁵⁹ GOMES, Djean Ribeiro; Jesus, Monica Limas de. Entre discursos intolerantes e privilégios religiosos: práticas discursivas sobre religiões de matrizes africanas no cárcere baiano. *ODEERE – Revista do Programa de Pós-Graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade*. Volume 4, número 8, Julho – Dezembro de 2019, p. 260-291.

²⁶⁰ NEVES, Ciani Sueli das. *Ninguém vai tirar a comida da boca de Exu*. VI Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, 2018.

religiões de matriz africana e afro-indígena. É nessa perspectiva que se pode diagnosticar o fulcro de muitas violações de direitos humanos praticadas contra o povo de terreiro no território brasileiro.

364. Se, durante a vigência do Código Criminal e do Código de Processo Criminal, havia a descrição de comportamentos relacionados às práticas pertencentes às religiões de matriz afro-indígena, à medida que a sociedade brasileira aprimorou as suas conquistas em termos de laicidade estatal e ampliação de direitos, tal influência dos “fundamentalismos religiosos” deixou nítida que a confusão entre Estado e religião implica na adoção oficial de dogmas e um passivo imaginário e inviabilizador para o exercício dos direitos humanos em qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática.

365. Basta atentar às ponderações de Silva Júnior:

Dados da realidade nos autorizam a afirmar a existência de um verdadeiro hiato entre os direitos constitucionalmente deferidos e o cotidiano de violação de direitos que vitimiza os templos e os ministros religiosos do candomblé. Pesquisando julgamentos de curandeirismo e charlatanismo no Brasil, abrangendo o período de 1900 a 1990, Ana Lúcia Schritzmeyer (1997) demonstra a frequente associação feita pelo Judiciário entre tais delitos e as práticas religiosas de origem africana, vistas como insalubres, bárbaras e primitivas.²⁶¹

366. Pelo exposto, revela-se crucial que o Estado brasileiro empreenda medidas com o fito de monitorar as condições ofertadas pelos agentes de segurança pública à prestação de assistência religiosa nos presídios nacionais. É fundamental que se institua uma política centralizada de fomento à diversidade religiosa e de respeito à liberdade de culto no cárcere – envolvendo novas estratégias de formação de policiais e agentes penitenciários, lastreada nos arts. 11 e 24 da LEP.

²⁶¹ SILVA JÚNIOR, Hédio. A Intolerância religiosa e os meandros da lei. In: NASCIMENTO, Elisa Larkin.º *Guerreiras de natureza: mulher negra, religiosidade e meio ambiente*. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 180

B) SABENDO QUE OS APENADOS NEGROS TÊM UM TRATAMENTO DESIGUAL QUANDO COMPARADO AOS BRANCOS DENTRO DO SISTEMA JUDICIÁRIO, QUE OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS OS ESTADOS DEVEM ASSUMIR PARA GARANTIR QUE A PROGRESSÃO DE PENA E OS PEDIDOS DE LIBERDADE CONDICIONAL SEJAM IGUALMENTE DEFERIDOS PARA PESSOAS NEGRAS PRIVADAS DE LIBERDADE?

367. No sistema prisional brasileiro, entre os meses de julho e dezembro de 2019, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, estima-se que a população carcerária das instituições prisionais estaduais e federais é de 748.009; dentre estes, há dados sobre a cor da pele e/ou raça no cadastro de 657.884²⁶². Desse universo, 49,88% (328.108) são qualificados como pardos(as), 32,29% (212.444) como brancos(as), 16,81% (110.611) como pretos (as), 0,8% (5.291) como amarelos(as) e 0,21% (1.390) como indígenas²⁶³.

368. No que tange ao regime de cumprimento da pena, dos 748.009 apenados e apenadas, entre julho e dezembro de 2019, 362.547 estão no regime fechado, 133.408 no regime semiaberto e 25.137 no aberto²⁶⁴. Cumpre destacar, também, que 222.558 pessoas cumprem pena provisoriamente²⁶⁵, 4.109 cumprem medida de segurança e 250 estão em tratamento ambulatorial²⁶⁶.

369. A partir desses dados, importa analisar o sistema da execução penal com base na criminologia crítica. Para Zaffaroni, a criminologia “é a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais”²⁶⁷.

370. Entende-se, portanto, que a luta contra a criminalidade reflete as estruturas de dominação, exclusão, marginalização e racialização. Incute-se na sociedade o medo do

²⁶² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.º Acesso em 14 jan. 2021.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 144.

desviante, do criminoso. Como a professora Vera Malaguti Batista afirma: “conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis”²⁶⁸.

371. Durante o colonialismo, os escravos pertenciam à categoria jurídica de semoventes, construindo-se um projeto de desumanização dos corpos pretos. Após a abolição da escravatura, outras formas de extermínio foram instituídas pelos sistemas de poder, seja por meio do encarceramento nas prisões ou manicômios, seja pela marginalização das populações pretas.

372. Então, o racismo foi uma forma pela qual as estruturas da sociedade foram assentadas. Foucault sustenta que o racismo é “um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”²⁶⁹. Dessa forma, as pessoas pretas são submetidas a lugares específicos, que são os locais da subalternização.

373. No âmbito da execução penal, o cárcere é uma forma de manutenção das hierarquias sociais baseadas na raça. Verifica-se que a maior parte do contingente prisional é constituído de pessoas não brancas. Consta-se, dessa maneira, que “o encarceramento em massa define o significado da negritude na América: os negros, especialmente os homens negros, são criminosos. Isso é o que significa ser negro”²⁷⁰.

374. Sob esse prisma, a criminalização terciária internaliza os processos de criminalização primária e secundária, em que se busca segregar o corpo por meio do cárcere em uma dinâmica de desumanização dos aprisionados.

375. Por isso, o sistema de concessão de direitos penais, como a progressão de regime, bem como a liberdade condicional, é atravessado pelas relações imbricadas do racismo, classe e gênero, provocando assimetrias no deferimento desses direitos. Os apenados e apenadas, assim que ingressam no sistema de execução penal, são despossuídos de direitos, o que acarreta a restrição da concessão de “benefícios” penais.

376. Corriqueiramente, as Varas de Execuções Penais realizam visitas institucionais e mutirões²⁷¹ para a concessão de “benefícios penais”, pois, no cotidiano das Varas de

²⁶⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. *Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, [S.L.], v. 1, n.º 2, p. 20-39, 2009. Editora da Universidade Federal Fluminense, p. 24. Disponível em: <<https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n2a22009.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

²⁶⁹ FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade: o curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304.

²⁷⁰ ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo editorial. 2018, p. 283.

²⁷¹ Informações retiradas do site do Conselho Nacional de Justiça, dentro todas, exemplifica-se com as seguintes notícias:

<https://www.cnj.jus.br/mutirao-carcerario-concede-56-mil-beneficios-em-pernambuco/>

Execuções Penais, não resta assegurada a normativa garantida pela Lei de Execução Penal – dado que aqueles corpos não são passíveis de luto, ou seja, são desumanizados e não detentores de direitos. O fato é que atravessam os corpos dos apenados e apenadas dispositivos de poder que os enegrecem, independentemente da cor de pele, com o intuito de excluí-los da humanidade. Ou seja, é a realização do devir negro, como denuncia Achille Mbembe, na população carcerária.

377. Dessa forma, a Organização das Nações Unidas elaborou, em 1955, um documento que trazia recomendações ao tratamento das pessoas privadas de liberdade, denominado Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecido como Regas de Mandela. Nesse documento, observa-se a responsabilidade dos Estados em conceder tratamento livre de discriminação aos apenados e apenadas:

Regra 2

1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, património, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias.²⁷²

378. Com o intuito de prezar pelo tratamento livre de discriminação, é importante ter a certeza de que os Estados concedem o benefício da progressão de regime ou da liberdade condicional igualmente para os apenados pretos e as apenadas pretas. Sendo assim, os Estados devem se comprometer a manter um banco de dados que realize um cruzamento entre os dados da concessão dos direitos da execução penal com as informações imbricadas de raça e gênero das pessoas privadas de liberdade, visto que, no momento, o conhecimento desses dados se faz de maneira extremamente trabalhosa, sendo necessário procurar processo por processo pelas informações de raça e gênero – dificultando a análise dos dados e, possivelmente, levando a crer que os benefícios são concedidos de forma homogênea, o que reforça o mito da democracia racial e acoberta o racismo institucional

<https://www.cnj.jus.br/tribunal-concede-241-beneficios-em-mutirao-carcerario-da-1-vara-de-execucoes-penais/>

<https://www.cnj.jus.br/tribunal-analisa-160-processos-de-presos-durante-mutirao-em-parintins/>

<https://www.cnj.jus.br/relatorio-aponta-lentidao-processual-entre-as-causas-da-superlotacao-de-presos-em-guarulhossp/>. Acesso em 14 jan. 2021.

<https://www.cnj.jus.br/1-vara-de-execucao-penal-concede-98-beneficios-prisionais/>.

²⁷² LANFREDI, Luís Geraldo Sant'ana (Coord.). *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

que priva pessoas pretas dos seus direitos diariamente. Portanto, a publicidade desses dados faz-se importante para, caso as pessoas pretas privadas de liberdade sejam menos beneficiadas pelos direitos da execução penal, entender quais seriam os motivos e como o Estado poderia agir para garantir que a progressão de regime e a liberdade condicional sejam assegurados de forma igualitária.

379. Além disso, deve haver a reestruturação das Defensorias Públicas com o aumento do seu efetivo de defensoras e defensores, com o fito de garantir melhor assistência judiciária. Os Estados devem assegurar a estruturação das Varas de Execuções Penais, para que possuam informações detalhadas sobre os apenados e sobre as condições e requisitos para a progressão do regime e para as concessões de liberdade condicional.

380. Cumpre destacar que a progressividade das penas é direito humano, que deve ser assegurado a todos que cumprem pena, pois a prevenção especial positiva da pena é possibilitar a ressocialização daqueles que estão submetidos ao cárcere. Sendo assim, a progressividade é um instrumento que não pode ser tolhido e negado aos aprisionados, como insculpido nas Regras de Mandela:

Regra 87

Antes do termo da execução de uma pena ou de uma medida é desejável que sejam adotadas as medidas necessárias para assegurar ao recluso um regresso progressivo à vida na sociedade. Este objetivo poderá ser alcançado, consoante os casos, através de um regime preparatório da libertação, organizado no próprio estabelecimento ou em outro estabelecimento adequado, ou mediante uma libertação condicional sujeita a controlo, que não deve caber à polícia, mas que deve comportar uma assistência social eficaz.

Regra 88

1. O tratamento não deve acentuar a exclusão dos reclusos da sociedade, mas sim fazê-los compreender que continuam a fazer parte dela. Para este fim, há que recorrer, sempre que possível, à cooperação de organismos da comunidade destinados a auxiliar o pessoal do estabelecimento prisional na reabilitação social dos reclusos. (...) ²⁷³

381. Por fim, os Estados devem agir com a devida diligência para garantir aos apenados e às apenadas acesso aos seus direitos, como a progressão e a liberdade condicional, no intuito de promover e assegurar o processo de ressocialização da pena. Outrossim, deve-se garantir a promoção dos direitos humanos dos apenados e apenadas estabelecida nos tratados de direitos humanos e outros documentos internacionais, como as Regras de Mandela.

²⁷³ LANFREDI, Luís Geraldo Sant'ana (Coord.). *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

C) QUE MEDIDAS DEVEM OS ESTADOS ADOPTAR PARA EVITAR REVISTAS VEXATÓRIAS DE FAMILIARES DE PESSOAS NEGRAS PRIVADAS DE LIBERDADE, OCASIONANDO A DIMINUIÇÃO DAS VISITAS E CONSEQUENTEMENTE AUMENTANDO O ISOLAMENTO DO PRESO?

382. O direito à visita dos apenados envolve dois interesses aparentemente distintos. Um diz respeito à prerrogativa do interesse do Estado na manutenção da segurança das unidades prisionais. O outro é o direito das pessoas que realizam as visitas de não serem submetidas à revista vexatória. Não obstante a discussão em torno da definição do que consiste situação vexatória e sua variação de acordo com a Constituição de cada país, é possível que a Corte IDH estabeleça parâmetros mínimos a serem obedecidos pelos Estados signatários.

383. É notório, sobretudo no Brasil, que em torno de 60% da população carcerária é negra ou parda²⁷⁴. Sendo que em sua maioria consiste em pessoas de baixa renda e em situação de vulnerabilidade. Tal situação potencializa as chances de apenados e de seus familiares sofrerem racismo.

384. Nesse sentido, um importante documento internacional que tratou sobre o tema foi a “Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata”. O mencionado documento destacou:

133. Insta os Estados a desenvolverem e fortalecerem a capacitação em direitos humanos com enfoque anti-racistas e anti-sexista para servidores públicos, incluindo o pessoal da administração da justiça, particularmente os serviços de segurança, serviços penitenciários e de polícia, bem como entre as autoridades de serviços de saúde, educação e migração;

134. Insta os Estados a prestarem atenção específica ao impactonegativo do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata na administração da justiça, no julgamento imparcial e na realização de campanhas de abrangência nacional, entre outras medidas, para aumentar a consciência entre os órgãos estaduais e servidores públicos no que se refere às suas

²⁷⁴ BRASIL. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em 14 jan. 2021.

obrigações de acordo com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e outros instrumentos importantes²⁷⁵;

385. No que tange à normativa internacional, as Regras de Mandela separam uma porção de seu texto para tratar especificamente do contato da população carcerária com o mundo exterior, que é realizado de duas maneiras: por correspondência – física ou digital – e por visitas. O documento se aprofunda na questão das visitas ao estabelecer que devem ser garantidas condições para os encontros conjugais de maneira a respeitar a intimidade e a dignidade do casal, além de estabelecer a igualdade no tratamento de presidiários homens e mulheres. Por fim, ainda afirma que se deve evitar ao máximo o constrangimento íntimo das visitas no momento de as autoridades realizarem a revista, sendo aceitável revistar partes sexuais do corpo da visita somente em casos de extrema necessidade, sempre sendo garantido ao revistado a possibilidade de negar o ato e desistir da visita. No que se refere a crianças, a revista de partes íntimas é expressamente proibida pela carta.

386. Esse tópico varia em cada território. No Rio de Janeiro, por exemplo, a lei que rege revistas em visitas prisionais proíbe tal revista de ser realizada em mulheres. Pouco tempo depois, a legislação nacional passou a vedar a prática também²⁷⁶. No entanto, isso não se repete em outros países da América Latina. Cabe recordar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na década de 1990, decidiu que a revista íntima tem caráter excepcional e deve ser determinada pela Justiça em casos específicos, com a finalidade de garantir a segurança.²⁷⁷

387. Ocorre que, no plano prático, o texto da carta não é cumprido. A precariedade nos estabelecimentos prisionais é um problema muito relevante na realidade da América Latina. Tal precariedade acaba por afetar os requisitos necessários para visitas de familiares e amigos a prisioneiros. Somado a isso, são impostas extensas restrições sobre as visitas, que muitas vezes dificultam ou impossibilitam a sua realização.

²⁷⁵ OEA. *Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf>. Acessado em 14 jan. 2021.

²⁷⁶ FEDERAL, S. (2013). *Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas*.

²⁷⁷ BRASIL, B. (2014). Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

388. Embasando a realidade descrita no parágrafo acima, pode-se citar o estudo de Torres L.R.²⁷⁸, que demonstra como, dentro da perspectiva brasileira, há um racismo muito claro dentro do sistema prisional, que é agravado quando se trata de mulheres negras. Isso se estende à questão das visitas. A autora revela que, apesar de existir uma estrutura mais adequada para a recepção de visitas em presídios femininos do que em masculinos, o abandono social é muito mais comum em relação às mulheres presas do que em relação aos homens, especialmente em relação a visitas íntimas. Isso se explica em razão de, em muitos casos, a visita íntima ser entendida pelas autoridades como uma regalia a ser gradativamente concedida aos detentos. Especificamente no Rio de Janeiro, somente detentos casados têm direito a visitas conjugais – o que se mostra muito problemático, visto que a maior parte das prisioneiras são solteiras.

389. Em certos casos, os funcionários responsáveis pela revista em visitas de prisioneiros acabam por tratar os visitantes como criminosos. Aos olhos de agentes penitenciários, o familiar – sobretudo o cônjuge – ou amigo do presidiário é ou um criminoso em potencial ou um partícipe. Isso, além de ser extremamente danoso para a dignidade do prisioneiro e de suas visitas, é um absurdo do ponto de vista constitucional, uma vez que o art. 5º, XLV, da Constituição Brasileira proíbe que a pena ultrapasse a pessoa condenada.

390. Todo esse contexto de vulnerabilidade é agravado em relação à população carcerária negra, posto que sofrem mais o preconceito estrutural dentro da sociedade, refletido na perspectiva prisional. Assim, visitas negras sofrem, inegavelmente, mais preconceitos no momento de revista.

391. Na busca de solucionar esse quadro de vulnerabilidade da população carcerária referente às visitas – que é agravado entre os prisioneiros negros –, depara-se com uma situação de grande complexidade. Por um lado, tem-se a falta de infraestrutura para o recebimento de visitas nas prisões latino-americanas²⁷⁹ e, por outro lado, percebe-se a problemática das revistas abusivas, que seguem ocorrendo mesmo com legislações que as vedam.

²⁷⁸ TORRES, Luís Rodrigues. *Racismo gerado e o sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Monografia PUC-RJ, 2016.

²⁷⁹ BIRKBECK, Christopher Howard. Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina. *Cad. CRH*, Salvador, v. 23, n.º 58, p. 129-149, Apr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792010000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 jan. 2021.

392. A problemática dos abusos nas revistas tende a ser mais simples de ser solucionada, desde que se aplique a punição correta nos casos em que há o abuso. Ressalta-se, nesse ponto, a necessidade de se ter em mente a questão do racismo enraizado na sociedade, que torna a situação das visitas a detentos negros mais delicada. Contudo, isso transcende a discussão presente e é um processo que deve ser trabalhado pelos Estados em diversas frentes.

393. Por fim, no que se refere à estrutura necessária para revistas íntimas, deve-se considerar a precariedade geral dos complexos prisionais dentro da América Latina. Um maior investimento na estrutura de presídios, além da busca por um sistema punitivo em que se promova menos o encarceramento e mais as penas alternativas, é uma possível solução para esse problema.

D) QUE MEDIDAS OS ESTADOS DEVEM ADOPTAR PARA PREVENIR E TRATAR AS PESSOAS NEGRAS EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE QUE ESTÃO COM PROBLEMAS PSICOLÓGICOS, COMO DEPRESSÃO E ANSIEDADE, OCASIONADOS PELAS CONDIÇÕES DESUMANAS DAS UNIDADES PRISIONAIS EM CONJUNTO COM O RACISMO INSTITUCIONAL?

394. Existe um verdadeiro *apartheid* sanitário no Brasil, um abismo entre as condições de acesso à saúde de brancos e negros. Isso pressupõe diferenças, tanto no que tange à saúde física – pretos e pardos apresentam proporção maior de doenças respiratórias crônicas, por exemplo – quanto no que diz respeito a doenças mentais e a transtornos psicossociais. Há maiores obstáculos, no Brasil, para que negros recebam tratamento psicoterapêutico e psiquiátrico no decorrer de sua vida.

395. Ademais, sabe-se, desde Franz Fanon, que, em uma sociedade marcada pelo racismo estrutural, os distúrbios que acometem não brancos não são, necessariamente, aqueles que acometem brancos – ainda que a Psicologia e a Psiquiatria, atravessadas pela branconormatividade, ignorem semelhantes especificidades. Isso decorre do fato de que muitos dos transtornos psicossociais advêm da relação com o meio circundante. Destarte, em uma cultura marcada por uma dinâmica de violência e opressão contra pretos e pardos,

é natural que patologias específicas os acometam. Nesse quadro, é imperioso que – dentro do urgente debate acerca da saúde mental e emocional de homens e mulheres encarcerados – considere-se a questão racial, visto que o racismo incide de formas diversas na vida psíquica de brancos e negros e de modo particularmente notório, quando se trata de brancos e negros aprisionados.

396. As condições dos presos decorrentes da superlotação dos presídios são as mais adversas, precárias e desumanas. O racismo atualiza a sua dinâmica ao longo do tempo, e os efeitos dele, principalmente no contexto institucional, gera grande sofrimento para aqueles que são inferiorizados e humilhados. Apesar de a lei garantir o direito à dignidade humana, na prática os encarcerados têm seus direitos cerceados, sendo tratados de forma desumana. O racismo institucional tem como ponto focal a estrutura social e a falta de reconhecimento do negro enquanto cidadão possuidor de direitos – fatores que geram negligências e falta de acesso de pessoas negras à saúde física e mental dentro das penitenciárias.

397. O Estado, enquanto ente garantidor de direitos, tem como dever dar a toda população dignidade, respeito e acesso à saúde física e psíquica, independente de suas condições. Estando elas privadas de liberdade, seus direitos e garantias constitucionais continuam tendo efeitos e devem ser respeitados. Os frequentes ataques racistas, os estereótipos e estigmas que a população negra sofre diariamente, já são, individualmente, causas de diversos problemas psicológicos – como depressão, ansiedade, síndrome do pânico e transtorno obsessivo-compulsivo. Quando levadas para dentro do sistema carcerário esses índices só aumentam.

398. Em pesquisa recente no sistema prisional do Rio de Janeiro²⁸⁰, encontraram-se diversas queixas de problemas mentais e muitas dificuldades para a assistência à saúde dos presos. A presença de transtornos mentais no ambiente prisional pode associar-se ao aumento da população carcerária sem a correspondente adequação das condições físicas e de pessoal administrativo²⁸¹.

399. As instituições têm o grande desafio de reconhecer o racismo e enfrentar as situações ensejadoras de desigualdades, que estão originadas na raça ou que são

²⁸⁰ MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [S.L.], v. 21, n.º 7, p. 2031-2040, jul. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

²⁸¹ DOURADO, Jakson Luis Galdino; ALVES, Ráilda Sabino Fernandes. Panorama da saúde do homem preso: dificuldades de acesso ao atendimento de saúde. *Bol. – Acad. Paul. Psicol.*, São Paulo, v. 39, n.º 96, p. 47-57, jun.º 2019. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2019000100006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 14 jan. 2021.

determinadas por ela. A penitenciária deve ser vista como lugar de tratamento do preso, sendo necessário compreender que, após o cumprimento da pena, ele será reinserido na sociedade.

400. Segundo o Ministério da Saúde, em 2014, foi publicada a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade do Sistema Prisional (“PNAISP”)²⁸². Essa política tem por objetivo assegurar que a população carcerária tenha acesso integral à saúde. Além disso, no mesmo ano, promulgou-se o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas, com a finalidade de atender as pessoas que possuem demanda para saúde mental, fazendo com que a Lei Antimanicomial (Lei n.º 10.2016/2001) fosse alcançada pela população carcerária – assegurando o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana para essa parcela da população.

401. Apesar dos esforços para criar leis, políticas de ação de enfrentamento e projetos, isso não foi suficiente para garantir que a população carcerária fosse de fato tratada com dignidade. Segundo Constantino, Assis e Pinto: “Os prisioneiros possuem taxas mais elevadas de transtornos mentais, quando comparados com a comunidade em geral²⁸³”. Conforme seu entendimento, os presos possuem taxa entre 3 ou 4 vezes maior de transtornos mentais do que a população em geral, e o número fica mais relevante quando se divide por sexo, pois, de acordo com os levantamentos, a população encarcerada feminina possui prevalência de transtornos mentais ainda mais elevada:

No Brasil, dados do Estado de São Paulo em 2006 indicam prevalência significativa de transtornos mentais na população prisional, especialmente entre as mulheres. O estudo aponta que 61,7% dos presos tiveram ao menos uma ocorrência de transtorno mental ao longo da vida e cerca de 25% daqueles que estavam em regime fechado preenchiem critérios diagnósticos para pelo menos um transtorno mental no ano anterior ao estudo. Cerca de 11,2% dos detentos homens e 25,5% das mulheres apresentavam transtornos mentais graves. Os autores fizeram uma projeção desses números para o Brasil, calculado em cerca de 60 mil os prisioneiros com transtornos mentais graves²⁸⁴.

402. É indispensável, para prevenir e tratar pessoas negras privadas de liberdade que apresentam problemas psicológicos, que o sistema prisional crie mecanismos de inclusão

²⁸² ANDRADE, Paula. *O encarceramento tem cor, diz especialista*. CNJ, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/#:~:text=%E2%80%9CCerca%20de%2063%2C7%25,brasileira%20%C3%A9%20formada%20por%20negros>. Acesso em 14 jan. 2021.

²⁸³ CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [S.L.], v. 21, n.º 7, p. 2089-2100, jul. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

²⁸⁴ CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [S.L.], v. 21, n.º 7, p. 2089-2100, jul. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

social, com intuito de ressocialização e melhor qualidade psicossocial da população carcerária, e que seja efetivo no que concerne às condições sanitárias, assistência médica, jurídica, psíquica, educacional e de formação profissional de qualidade. É de grande urgência combater o racismo institucional e seus estigmas, criando programas de assistência a essas pessoas, que têm suas vidas marcadas pelo preconceito, e também secretarias que defendam a igualdade racial dentro e fora dos presídios. Deve considerar-se que o preso voltará para o convívio social e que o tratamento psíquico adequado é um grande colaborador para sua reinserção na sociedade – uma pessoa que possui um tratamento prisional de qualidade tem maiores chances de ser reinserido na sociedade e viver uma vida longe da criminalidade. Um tratamento degradante, por outro lado, cria um sentimento de revolta e falta de perspectiva de vida e colabora para que mais crimes sejam cometidos, tendo em vista que uma pessoa com problemas psicológicos sem tratamento adequado pode perder o controle sobre seus atos, gerando vários problemas a ela e a quem estiver ao redor. Olhar para a grande problemática do racismo institucional buscando minimizar a dor e sofrimento das pessoas que adquiriram problemas psicológicos advindos dele é de grande valia para sociedade como um todo.

403. Para realizar essa pesquisa, entrevistou-se a assistente social Anália da Silva Barbosa, que exerce a profissão há cerca de 9 anos e também atua como professora universitária desde 2013 na docência superior e em cursos de pós-graduação²⁸⁵. Barbosa relatou que:

Apesar de existirem muitas barreiras a serem enfrentadas para que o direito à saúde mental do preso seja garantido, uma das principais barreiras seria a garantia da continuidade e o início de um tratamento na perspectiva da atenção psicossocial para quem está privado de liberdade, não somente assegurando a medicação, que por muitas vezes o preso não conseguem acessar, mas um tratamento com viés na atenção psicossocial, que priorize o cuidado a partir das suas trajetórias de vida e dos vínculos constituídos, muitas das vezes os CAPS não conseguem ao menos ter acesso ao presídio ao qual o preso foi deslocado.
[sic]

404. No entender de Barbosa, o Estado deveria montar uma comissão de saúde mental dentro dos presídios e criar uma aproximação com os CAPs do território e com as superintendências de saúde mental das prefeituras, haja vista que há uma comissão

²⁸⁵ Anália da Silva Barbosa é graduada em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense, mestre em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Escola de Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGSS/ESS/UFRJ) e doutoranda do Programa de Políticas Públicas e Formação Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPFH/UERJ). Atualmente assume cargo de Coordenadora do Centro de Atenção Psicossocial da UERJ, preceptora e docente da Residência Multiprofissional em Saúde Mental da UERJ.

nacional que discute o acompanhamento em saúde mental dos encarcerados, mas não se tem isso estruturado. Ademais, há o fim dos hospitais de custódias e dos manicômios, mas não há a continuidade do cuidado em saúde mental para quem está preso em presídios comuns. Por isso, deve-se criar uma comissão em saúde mental e, a partir disso pensar em uma aproximação com a política na perspectiva de atenção psicossocial. Como ensina Antonio Carlos Lima:

Diante do exposto, faz-se necessário enxergar a Atenção Psicossocial, como fruto de um processo de lutas, e a Reforma Psiquiátrica, que é, de uma maneira geral, protagonizada pelo Movimento de Trabalhadores em Saúde Mental. Este processo surge do encontro de indignações relacionadas às violências, práticas de tortura, violações de direitos e mercantilização da loucura, que aconteciam nos manicômios, dando, assim, corpo a um movimento social que busca a mudança dessa realidade.²⁸⁶

405. Pelo exposto, fica explicitada a necessidade de se racializarem as políticas públicas voltadas à saúde mental e emocional dos encarcerados, de modo que terapeutas, assistentes sociais e médicos reconheçam, ao atuar no âmbito do sistema prisional, a forma como o racismo impacta a frequência de transtornos psicossociais específicos, que acometem especificamente não brancos – em especial pretos e pardos. Como, no já clássico “Os condenados da terra”, Franz Fanon²⁸⁷ observa, uma civilização marcada pela discriminação racial cria subjetividades que a ela se amoldam, e que são acometidas por distúrbios específicos.

E) QUAIS MEDIDAS A CIDH E A CORTE IDH TÊM ADOTADO NO MONITORAMENTO DOS CASOS EM RELAÇÃO ÀS QUESTÕES ANTERIORES?

406. Em relação ao monitoramento de práticas de racismo institucional dentro das unidades prisionais, observa-se que essa temática não é abordada de forma específica. Contudo, a partir da análise do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos

²⁸⁶ LIMA, Antonio Carlos de; CASTRO, Camila de Moura; SILVA, Ana Paula da. ENSAIO SOBRE SAÚDE MENTAL, SISTEMA PRISIONAL E DIREITOS HUMANOS:: por uma radicalização da desinstitucionalização. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Florianópolis, v. 9, n. 24, p. 123-147, 16 jun. 2017. Semanal.

²⁸⁷ FANON, Franz. *Os condenados da terra*. Editora UFJF, 2006.

Humanos e de uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem-se observar os seguintes apontamentos.

407. A CIDH produziu o Relatório sobre a Situação das Pessoas Afrodescendentes nas Américas de 2011. O Relatório da CIDH faz uma análise sobre a situação das pessoas afrodescendentes nas Américas por meio de informações proporcionadas pelos Estados e pela sociedade civil nas audiências temáticas da CIDH, bem como nos casos, petições e relatórios de países e temáticos elaborados pela Comissão.

408. A Comissão reconheceu a persistência do racismo e da discriminação racial na região, e que as pessoas afrodescendentes nas Américas ainda são afetadas por uma situação de discriminação estrutural.²⁸⁸ A Comissão destacou que, de maneira sistemática, as pessoas afrodescendentes na região moram em regiões mais pobres e com pouca infraestrutura, e são as que mais se encontram expostas ao crime e à violência.²⁸⁹ A Comissão também ressaltou que as pessoas afrodescendentes enfrentam grandes obstáculos em relação ao exercício e à garantia dos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. E, finalmente, indicou que a sub-representação e a pouca participação política da população afrodescendente na esfera política demonstra impedimentos adicionais para acessar as estruturas do poder político e, assim, fazer parte ativa do desenho das políticas públicas orientadas para melhorar a situação de discriminação estrutural²⁹⁰.

409. A CIDH reconhece a existência de políticas de violência institucional focalizada, e considera indispensável que os Estados eliminem qualquer tipo de racismo ao delinear suas políticas de segurança, respeitando e cumprindo os parâmetros de proporcionalidade e uso da força.²⁹¹ Além disso, a CIDH também observa com muita preocupação o impacto do racismo no sistema de justiça penal na região, e reiterou que a utilização de raça e cor de pele como fundamentos para estabelecer e medir uma condenação penal são proibidos pelos instrumentos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.²⁹²

410. A CIDH definiu a prática de “*racial profiling*” – que se trata do estabelecimento de perfis raciais – como uma “ação repressora [que] se adota por supostas razões de segurança ou proteção pública e está motivada em estereótipos de raça, cor, étnico, idioma, descendência, religião, nacionalidade ou lugar de nascimento, ou uma combinação desses fatores, e não em suspeitas objetivas, que tendem a singularizar de maneira discriminatória

²⁸⁸ Ponto 6.

²⁸⁹ Ponto 11 e 45.

²⁹⁰ Ponto 11.

²⁹¹ Ponto 18.

²⁹² Ponto 19.

a indivíduos ou grupos com base na errônea suposição de propensão das pessoas com tais características a prática de determinado tipo de delitos”²⁹³⁻²⁹⁴

411. A CIDH reiterou que “a população [afrodescendente] era mais suscetível de ser considerada suspeita, perseguida, processada e condenada, em comparação com o resto da população”²⁹⁵. E concluiu que, em relação à população afrodescendente, é habitual que se recorra a mecanismos de “suspeita”, para sua investigação, detenção e processamento, como também que se pratiquem revistas seletivas. E também destacou que persiste uma situação de impunidade em relação aos oficiais das forças de segurança acusados de cometer essas práticas²⁹⁶. A Comissão concluiu que o estabelecimento de perfis raciais como mecanismo seletivo e discricionário de detenção e investigação de pessoas continua sendo uma prática estendida na região e que afeta diretamente e de maneira discriminatória a população afrodescendente²⁹⁷.

412. Em relação ao sistema penal e racismo, a Comissão advertiu que as pessoas afrodescendentes se encontram sub-representadas no sistema de justiça e nas agências de segurança – em especial nos cargos hierárquicos –, sobre-representadas entre as vítimas e a população carcerária, e que a raça é utilizada como elemento para justificar as ações penais e a imposição de penas mais altas, inclusive em casos de pena de morte.²⁹⁸

413. A CIDH informou que as respostas ao questionário apresentaram uma ausência de informação desagregada que contemplasse a variável afrodescendência, bem como informação sobre mulheres afrodescendentes privadas de liberdade. A respeito, a Comissão considerou fundamental que se tenha informação completa e desagregada sobre as pessoas afrodescendentes no sistema de justiça penal e carcerário.²⁹⁹

414. Por fim, a Comissão reiterou a sua preocupação com o impacto do racismo no sistema de justiça penal na região e reiterou que a utilização de raça e cor de pele como fundamentos para estabelecer a condenação penal estão proibidos nos instrumentos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos³⁰⁰.

²⁹³ Ponto 143. Comissão em referência a 4 Declaración y el Programa de Acción de Durban, párr. III.A.72.

²⁹⁴ Ponto 143.

²⁹⁵ Ponto 148. Comissão em referência a CIDH, Informe No. 36/09 (Admisibilidad y Fondo), Caso 12.440 Wallace de Almeida (Brasil), 20 de marzo de 2009, párr. 61.

²⁹⁶ Ponto 149.

²⁹⁷ Ponto 161.

²⁹⁸ Ponto 187.

²⁹⁹ Ponto 188 e 190.

³⁰⁰ Ponto 189.

415. A CIDH publicou, ainda, dois relatórios de mérito em casos brasileiros envolvendo situações de racismo: os casos Simone Diniz vs. Brasil³⁰¹ e Wallace de Almeida vs. Brasil³⁰². No primeiro, a CIDH declarou que houve violação aos direitos à igualdade e à não discriminação, visto que se preteriu, explicitamente, a vítima no processo de seleção para uma vaga de trabalho devido à cor de sua pele. Já no segundo, houve a violação do direito à vida de Wallace de Almeida, assassinado pela polícia em um contexto de violência policial que afeta desproporcionalmente pessoas negras. Existem ainda outros casos relativos ao Brasil que se encontram atualmente em trâmite e que abordam questões relacionadas aos direitos das pessoas afrodescendentes em geral e ao racismo³⁰³.

416. A Corte Interamericana de Direitos Humanos abordou o tema apenas tangencialmente em alguns casos como Pessoas Haitianas e Dominicanas Expulsas vs. República Dominicana, Fazenda Brasil Verde vs. Brasil e Favela Nova Brasília vs. Brasil. Contudo, apenas na sentença do caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil* (2020) pode-se dizer que a Corte realmente se debruçou com maior profundidade em relação aos deveres estatais de promover a equidade para pessoas afrodescendentes. É uma sentença histórica porque reconhece padrões de discriminação estrutural de raça, gênero, condições sociais e interseccional, e atribui ao Estado brasileiro a responsabilidade de adotar medidas de proteção a essas pessoas.

417. Mais especificamente, a Corte constatou que as vítimas desse caso estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional, pois “se encontravam em uma situação de pobreza estrutural e eram, em uma amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes, algumas gestantes, que não contavam com nenhuma outra alternativa econômica”³⁰⁴.

418. A Corte IDH reconheceu que a

³⁰¹ RIBEIRO, Raísa e PAULO, Lara Campos de. Simone Diniz vs. Brasil (1997): a convivência do Estado brasileiro com situações de discriminação racial. In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41.

³⁰² CAMPEAN, Marina. Wallace Almeida vs. Brasil (2009) In: LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Cláudio (Orgs). *Direitos humanos na prática interamericana: O Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019 p. 137 e ss.

³⁰³ O resumo de todos esses casos pode ser lido em: CAMPEAN, Marina. 8. Afrodescendentes e Discriminação Racial. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os Casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020. Versão Kindle.

³⁰⁴ Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, parágrafo 197.

população afrodescendente no Brasil, inclusive depois da conquista da liberdade, enfrentou a negação de uma série de direitos por parte do Estado, pois o exercício da cidadania era extremamente restrito, e os direitos à moradia, à propriedade e à entrada no mercado de trabalho foram dificultados.³⁰⁵

419. Além disso, a Corte também reconheceu a discriminação contra a população negra no Brasil como uma constante história, e citou dados do Comitê dos Direitos da Criança, que indicam que, em 2006,

[n]o Brasil, entre os 10% mais ricos da população, unicamente 18% são pessoas de descendência africana (mestiços ou negros); entre os 10% mais pobres, 71% são negros ou mestiços”. Por sua vez, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial reiterou ao Estado, em diversas oportunidades, sua preocupação com a desigualdade que afeta as comunidades negras e mestiças, e com seu impacto no exercício de outros direitos.³⁰⁶

420. Na sentença, a Corte destacou que quando o Estado descumpre, mediante tratamento discriminatório, a sua obrigação geral de garantir e respeitar os direitos humanos, isso implica sua responsabilidade internacional. A Corte reiterou que não basta o Estado se abster de violar direitos, mas que os Estados também têm o dever especial de proteção e de adotar medidas positivas para alterar situações discriminatórias na sociedade.³⁰⁷

421. Diante desse quadro, pode-se notar que ambos os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas, sobretudo, a Corte IDH, precisam desenvolver uma jurisprudência mais robusta sobre os direitos das pessoas afrodescendentes e sobre as obrigações dos Estados de combater o racismo estrutural. Esta Opinião Consultiva mostra-se uma oportunidade única para a Corte IDH afirmar que não é possível falar sobre as condições de pessoas privadas de liberdade sem dedicar atenção especial às especificidades da população negra – alvo preferencial dos sistemas de justiça – e, conseqüentemente, da maior parte daqueles encarcerados em todos os países das Américas.

³⁰⁵ Ibid, parágrafo 57.

³⁰⁶ Ibid, parágrafo 193.

³⁰⁷ Ibid, parágrafo 115, 186 e 199.

13. APONTAMENTOS FINAIS

422. Em desfecho, é possível compendiar as principais ideias defendidas nesse memorial, construído essencialmente a partir de uma análise conjunta dos tratados de direitos humanos, da jurisprudência da CIDH e da Corte IDH e da legislação e experiência brasileira em relação às pessoas privadas de liberdade.

423. Em primeiro lugar, a CADH tornou-se uma verdadeira Constituição Interamericana ou um bloco de convencionalidade vivo, que deve ser interpretado à luz do desenvolvimento progressivo (art. 26) e do princípio *pro persona* (art. 29 da CADH), em diálogo com os demais tratados de direitos humanos, tais como: (i) Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, de 2008; (ii) Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas Para o Tratamento De Presos; (iii) Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras; (iv) Convenção de Belém do Pará – Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994); (v) Princípios de Yogyakarta sobre direitos humanos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero (2006); (vi) Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais (1989) e Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas (2016); (vii) Convenção Internacional sobre Direitos das Crianças (1989); (viii) Convenção de Nova York sobre a proteção das pessoas com deficiência (2007); (ix) Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (2015); (x) Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2020).

424. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm funcionado, respectivamente, como um Ministério Público transnacional e como um Tribunal Constitucional transnacional, dedicados à proteção de grupos vulnerabilizados. Essas instituições possuem o dever institucional de proteger o “devido processo convencional”, que consiste na obrigação de respeitar direitos (art. 1 da CADH), de adotar disposições de direito interno (art. 2 da CADH), garantias processuais (art. 8 da CADH) e proteção judicial (art. 25 da CADH) dos grupos vulneráveis (art. 24 da CADH).

425. Esses são os parâmetros para um “devido processo convencional”, convertendo cada Estado latino-americano em um “Estado Convencional de direito”. No caso em questão, isso significa uma obrigação geral de respeitar direitos dos grupos vulneráveis nas

etapas de investigação, processo e julgamento (arts. 1 e 24 da CADH). Assim, deve-se estabelecer um tratamento diferenciado que, a um só tempo, preserve a igualdade não só em termos formais, mas também em sua dimensão material ou substancial da não discriminação. Afinal, embora todas as pessoas privadas de liberdade sofram em certo grau com as violações aos direitos humanos à vida (sobretudo na acepção de vida digna) e à integridade física, psíquica e moral, há um impacto mais elevado e desproporcional nos grupos vulnerabilizados, de modo que cabe ao Estado pensar políticas públicas para reduzir o impacto da violência, dos preconceitos e das discriminações.

426. A Corte IDH, ao redigir esta Opinião Consultiva, deve considerar a possível existência de um Estado de Coisas Inconvencional (ESCOIN), que acomete os estabelecimentos de privação de liberdade na América Latina em geral e, em particular, no Brasil. Isso significa reconhecer: (i) a existência de uma omissão persistente na resposta do Estado brasileiro às demandas por direitos solicitadas pela CIDH e pela Corte IDH das pessoas privadas de liberdade; (ii) uma violação massiva de direitos humanos previstos na CADH, como à vida, à integridade pessoal, ao devido processo legal, à proteção judicial contra a superlotação, problemas de infraestrutura, pessoal insuficiente, ausência de treinamento e de um combate à uma cultura de violência – que inclusive contou com um “supercaso” da Corte IDH reunindo diversos casos de violação; e (iii) um litígio estrutural cuja ampliação do diálogo com a CIDH e a Corte IDH, por meio de visitas *in loco*, audiências públicas e reiteração de medidas provisionais e supervisões de cumprimento de sentença podem servir para ampliar o diálogo entre os órgãos e poderes do Estado em busca de soluções adequadas.

427. Pensaram-se parâmetros específicos para a proteção dos diversos grupos vulneráveis privados de liberdade nas respostas às perguntas formuladas para a Corte IDH, tendo em vista o confronto entre os tratados de direitos humanos à luz da jurisprudência da CIDH e da Corte IDH com a legislação e a experiência brasileiras, que se configuram sintetizados no que denominamos de “devido processo convencional”, em seus diversos desdobramentos: (i) “devido processo convencional antimachista”; (ii) “devido processo convencional anti-LGBTfóbico”; (iii) “devido processo convencional decolonial”; (iv) “devido processo convencional juvenil”; (v) “devido processo convencional anticapacitista”; e (vi) “devido processo convencional antirracista”.

428. Não basta que a CIDH e a Corte IDH não tolerem por parte do Estado posturas de seus agentes de caráter machista, LGBTfóbico, neocolonialista, contra o melhor interesse

da criança, capacitista ou racista. A CIDH e a Corte IDH possuem o dever institucional de cobrar e monitorar os Estados para que formulem e implementem políticas públicas para desarticular preconceitos e discriminações, de modo a reduzir os impactos e as barreiras a um igual respeito e consideração.

429. A proposta de um “devido processo convencional antimachista” soma-se à proteção contra violência e discriminação contra as mulheres, a partir do “feminismo interamericano”. Isso pressupõe que o Estado ofereça uma proteção diferenciada dos direitos das mulheres grávidas, pós-parto ou lactantes privadas de liberdade. Para tanto, é imprescindível que os Estados prestem serviços adequados e específicos em matéria de alimentação, vestuário, assistência médica e psicológica.

430. A proposta de um “devido processo convencional anti-LGBTfóbico” diz respeito às pessoas LGBT privadas de liberdade que sofrem impacto ainda maior da violação massiva de direitos humanos, oriundo desse Estado de Coisas Inconvencional, que assola o Brasil dentro e fora das prisões, não só pela violência policial, mas por diversos agentes públicos e pessoas privadas. A CADH estabelece uma obrigação geral de proteger direitos e exige que o Estado proteja e promova os direitos humanos de todos, de forma adequada para preservar a sua dignidade, integridade física, psíquica e moral. A Corte IDH já determinou tal dever no caso *Attala Riffo vs. Chile* (2012) e na OC-24/17, contudo, é necessário que se amplie a proteção em especial das pessoas transexuais (*Rojas Marín e outra vs. Peru*, de 2020, e *Vicky Hernandez e outros vs. Honduras*, em trâmite). Há a obrigação de o Estado atentar para a normatividade heterossexual e cisgênero, promovendo políticas públicas para desarticular preconceitos e discriminações nos espaços público e privado, como os estabelecimentos de privação de liberdade.

431. A proposta de um “devido processo convencional decolonial” pressupõe o reconhecimento de direitos dos povos originários, como, por exemplo, os direitos à autoidentificação, autodeterminação e à consulta livre, prévia e informada a respeito de políticas que impactem suas propriedades, direitos à integridade cultural e o funcionamento de estruturas institucionais que protejam seus direitos, como a justiça indígena. Nesse curto intervalo de tempo, considerando a violência secular contra esses povos e as resistências à implementação de seus direitos, não se reverteu a injustiça histórica e presente contra os povos originários. O momento de privação de liberdade não deve ser mais um a continuar reproduzindo essa discriminação e violência estrutural.

432. A proposta de um “devido processo convencional juvenil” impõe que a separação da criança em relação a sua mãe, ou melhor, aos seus progenitores, devido à privação de liberdade, deve considerar uma ponderação que observe seriamente o “melhor interesse da criança” e, ainda, a sua vontade, dentro da sua capacidade de compreensão em cada uma das etapas do processo administrativo e/ou judicial.

433. A proposta de um “devido processo convencional anticapacitista”, pressupõe que se atente para conceitos de “desenho universal” e “adaptação razoável”. De um lado, os Estados, ao desenhar as políticas públicas, constroem uma estrutura geral para ganhar escala e realizar economia na concepção de seus produtos, ambientes e serviços, atendendo o maior número de pessoas. Por outro, a adaptação razoável impõe os ajustes e modificações necessários quando não haja um ônus desproporcional para que as pessoas com deficiência possam gozar e exercer em igualdade de oportunidades os seus direitos. Cabe o paralelismo entre o idoso e o deficiente, em que pese as possibilidades de um envelhecimento saudável como uma forma de realizar o desenvolvimento progressivo da proteção dos direitos dos mais velhos, de modo a diminuir as barreiras de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que dificultem ou obstruam a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições de uma forma em geral e, em particular, nos estabelecimentos de privação de liberdade.

434. A proposta de um “devido processo convencional antirracista” impõe que o Estado construa políticas públicas para desarticular preconceitos e a violência no inquérito, no processo e na execução penal, em múltiplos níveis, contra a população da América Africana, ou seja, amefricana. Os amefricanos privados de liberdade sofrem um impacto maior em seus direitos sob vários aspectos, como na violência policial, que atinge desproporcionalmente tal população, haja vista os inúmeros casos de violência policial – por exemplo, Wallace Almeida vs. Brasil – e as falhas na investigação contra o racismo – por exemplo, Simone Diniz vs. Brasil. A seletividade penal gera uma “branquitude de propriedade” e uma “cegueira de cor” que criminaliza e apena mais gravemente os negros. Também há, na execução penal, a invisibilização do negro como a clientela predominante dos estabelecimentos de privação de liberdade, devido à seletividade do direito e do processo penal mais especificamente – essa violência é destacada, a título exemplificativo, na falta de assistência religiosa aos que professam religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé, nos estabelecimentos de privação de liberdade, sendo evidente manifestação de intolerância religiosa.

435. A Clínica IDH/UFRJ, como dito anteriormente, solicitou ao CERCO – Grupo de pesquisa da UFRJ sobre o Racismo, Estado e Decolonialidade – que levantasse perguntas e as respondesse. Essa postura deu-se no intuito de auxiliar que a CIDH e a Corte IDH não cometam o “racismo por omissão”, a partir da não reflexão sobre o impacto da privação de liberdade em um dos grupos vulneráveis mais afetados da América Latina, a população afrodescendente, a qual se denominou de “amefricanos” para utilizar o *pretuguês* (preto + português) de Lélia Gonzalez.

436. Diante de todo exposto, a Clínica Interamericana de Direitos Humanos vem manifestar sua confiança de que a Corte Interamericana levará todos esses aspectos em consideração, emitindo uma Opinião Consultiva que forneça parâmetros robustos para a proteção dos grupos vulnerabilizados privados de liberdade, seguindo seu histórico papel de proteção daqueles mais necessitados em nosso continente.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2021.



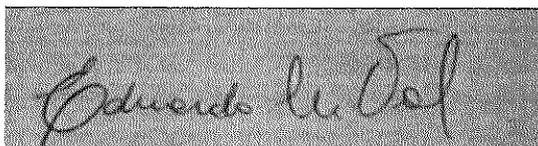
SIDDHARTA LEGALE

Professor de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenador da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ (@ClínicaIDHUFRJ), do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (@NIDHFND) e da Casoteca do NIDH (@casotecadonidh). Pós-doutor e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.



CAROLINA CYRILLO

Professora de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires e da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ), Coordenadora do NIDH-FND. Advogada. SIAPE 1425434.



EDUARDO MANUEL VAL

Doutor em direito pela PUC-Rio. Coordenador adjunto do programa de doutorado e mestrado da UNESA. Professor associado de direito internacional público e comparado da Universidade Federal Fluminense e líder do OAJI (Observatório de acesso à Justiça na Iberoamerica).

Philippe Oliveira de Almeida

PHILIPPE OLIVEIRA DE ALMEIDA

Professor adjunto de Filosofia do Direito na UFRJ. Coordenador do grupo de pesquisa CERCO - Controle Estatal, Racismo e Colonialidade. Doutor em Direito pela UFMG, com estágio pós-doutoral na UFSC. Mestre em Direito pela UFMG.

Raísa Duarte da Silva Ribeiro

RAISA DUARTE DA SILVA RIBEIRO

Professora de Direito Constitucional da FND/UFRJ. Doutoranda em Direito pelo PPGD-UFRJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF e especializada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pesquisadora do NIDH-UFRJ.

David Pereira de Araújo

DAVID PEREIRA DE ARAÚJO

Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Pesquisador do LEICLA e do NIDH.

Lucas Souza Lima

LUCAS ALBUQUERQUE ARNAUD DE SOUZA LIMA

Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI/UERJ). Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Thainá Mamede

THAINÁ MAMEDE

Coordenadora da Clínica IDH/UFRJ. Mestranda em Direito pelo PPGD-UFRJ. Pesquisadora do NIDH. Pós-graduanda em Direitos Humanos na PUC/RJ. Assessoria técnica-executiva do Fórum Justiça.

Tayara Causanilhas

TAYARA CAUSANILHAS

Monitora de Direito Constitucional e Acadêmica de Direito da FND-UFRJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Daniilo Sardinha Marcelino

DANILO SARDINHA

Monitor de Direito Constitucional e Acadêmico de Direito da FND-UFRJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Alissa Ishakewitsch

ALISSA ISHAKEWITSCH

Monitora de Direito Constitucional e Acadêmica de Direito da FND-UFRJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Luiza Deschamps L. Moura

LUIZA DESCHAMPS

Mestranda do programa de pós graduação da universidade do estado do rio de janeiro, Geógrafa, pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos vinculado a UFRJ, Laboratório de Governo e do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI) vinculados a UERJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Maria Carolina Ribeiro Sá

MARIA CAROLINA RIBEIRO SÁ

Mestranda em direito internacional pelo PPGD-UERJ. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Pesquisadora do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH-UFRJ) Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ. Advogada

Matheus Zanoni G. Carlos

MATHEUS ZANON

Monitor de Direito Constitucional e Acadêmico de Direito da FND-UFRJ. Membro da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ.

Adriana dos Santos Vieira

ADRIANA DOS SANTOS VIEIRA

Adriano Corrêa de Sousa

ADRIANO CORRÊA DE SOUSA

Ágata Camila Costa de Oliveira

ÁGATA CAMILA COSTA DE OLIVEIRA

Aurora Meirelles Laureano

Aurora Meirelles Laureano

Ariel Linda Gomes de Oliveira

Ariel Linda Gomes de Oliveira

Bruno Vignoli

BRUNO ANNES DIAS LUCIO VIGNOLI

Caio Cardoso Rezende

CAIO CARDOSO REZENDE

Camila Meyer de Souza

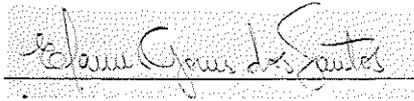
CAMILA MEYER DE SOUZA

Camila Senatore Moore

CAMILA SENATORE MOORE

Deborah Souza Moreira

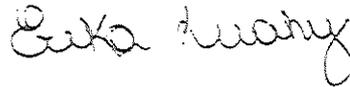
DEBORAH SOUZA MOREIRA



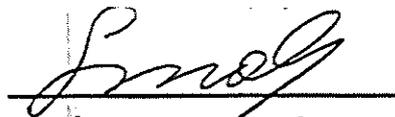
ELAINE GOMES DOS SANTOS



ERICO LIMA DE OLIVEIRA



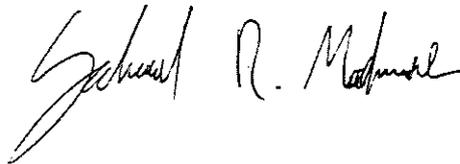
ÉRIKA LEAHY



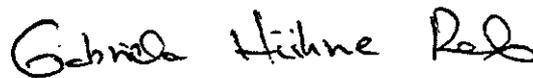
FABIÁN MOLINA CÓRDOVA



GABRIEL ANGELO COSTA CORRÊA



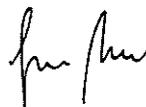
GABRIEL RIBEIRO MADUREIRA



GABRIELA HÜHNE PORTO



IGOR MEDINILLA DE CASTILHO



ISABELA CRISTINA SILVA DE ARAUJO

Isadora M. Merli

ISADORA MARQUES MERLI

Ítalo José Marinho

ÍTALO JOSÉ MARINHO DE OLIVEIRA

ÍTALO JOSÉ MARINHO DE OLIVEIRA

Juanita Miluska Buendia Muñoz

JUANITA MILUSKA BUENDIA MUÑOZ

Jelyson de Sousa Guimarães

JELYSON DE SOUSA GUIMARÃES

Júlia Goromar

JÚLIA DE MIRANDA GOROMAR

Juliana Santos Bezerra

JULIANA SANTOS BEZERRA

Laryssa Vieira Reis Oliveira

LARYSSA VIEIRA REIS OLIVEIRA

Leticia Gabriella C. Correa

LETICIA GABRIELLA COSTA CORREA

Lucas Gonçalves

LUCAS DE SOUZA GONÇALVES

Luiziane A. Andrade Cruz

LUZIANE ALVES DE ANDRADE CRUZ

Marcos Rodrigues

MARCOS RODRIGUES NUNES DA SILVA

Mariana Fontes Mendes

MARIANA FONTES MENDES

Marina M. S. Moreira

MARINA MULLER DOS SANTOS MOREIRA

Mirian Pellegrino

MIRIAN PELLEGRINO

Orly Kibrit Hermoço

ORLY KIBRIT HERMOÇO

Otávio

OTÁVIO RODRIGUES DE LUCA MARQUES

Priscila de Figueiredo Fonseca

PRISCILA DE FIGUEIREDO FONSECA

Rafael Clemente Martins

RAFAEL CLEMENTE MARINS

Raquel Guerra e Silva

RAQUEL GUERRA E SILVA

Raquel Lopes Folena

RAQUEL LOPES FOLENA

Roberta Machado

ROBERTA PEREIRA MACHADO

Simone Henrique

SIMONE HENRIQUE

Sofia Travancas Vieira
Sofia Travancas Vieira

SOFIA TRAVANCAS VIEIRA

Tédney Moreira da Silva

TÉDNEY MOREIRA DA SILVA

Tiago Alves

TIAGO DA COSTA ALVES

Thiago da Costa Monteiro de Souza

THIAGO DA COSTA MONTEIRO DE SOUZA

Vanessa Guimarães dos Santos

VANESSA GUIMARÃES DOS SANTOS