



HAL
open science

Observations écrites sur la demande d'avis consultatif formulée par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme / Written Observations on the Request for Advisory Opinion by the Inter-American Court of Human Rights

Felipe Costa Lima, Wanda Falcão, Helena Mendes Muniz, Talita M. P. Lima,
Estela C. V. Siqueira, Arlene R. Peixoto, Luiza C. Pimenta, Raian M. C. B.
Costa, André L. F. Cunha, Matheus P. Silva

► To cite this version:

Felipe Costa Lima, Wanda Falcão, Helena Mendes Muniz, Talita M. P. Lima, Estela C. V. Siqueira, et al.. Observations écrites sur la demande d'avis consultatif formulée par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme / Written Observations on the Request for Advisory Opinion by the Inter-American Court of Human Rights. [0] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2021. hal-03948025

HAL Id: hal-03948025

<https://hal.science/hal-03948025>

Submitted on 19 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

EGRÉGIA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Excelentíssima Juíza Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Honoráveis Juízas e Juízes

Escorreita Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O portal acadêmico **DIREITO INTERNACIONAL sem FRONTEIRAS** (“DIIsF”), plataforma e portal brasileiro de acesso ao conhecimento científico, promotor e fomentador de pesquisas e debates entre estudantes, pesquisadores e professores, de Direito Internacional, Relações Internacionais e áreas afins, neste ato representado por **VINICIUS VILLANI ABRANTES**, CPF: 100.440.486-70; **RAQUEL CASTILHO DA SILVA**, CPF: 107.157.257-10; e pelos pesquisadores brasileiros que também subscrevem: **WANDA HELENA MENDES MUNIZ FALCÃO**, CPF: 088.797.584-46; **TALITA MARIA PEREIRA DE LIMA**, CPF: 082.178.274-60; **ESTELA CRISTINA VIEIRA DE SIQUEIRA**, CPF: 013.596.766-00; **ARNELLE ROLIM PEIXOTO**, CPF: 924.378.693-87; **LUIZA COTTA PIMENTA**, CPF: 013.201.456-47; **RAIAN MATEUS CASTELO BRANCO COSTA**, CPF: 064.051.873-73; **FELIPE COSTA LIMA**, CPF: 069.179.196-16, **ANDRÉ LUIZ FERREIRA CUNHA**, CPF: 333.147.768-02; e **MATHEUS PRESOTTO E SILVA**, CPF: 421.298.908-57, dirigem-se à Vossa Excelência, com amparo no artigo 63.3 do Regulamento Interno da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “**Corte IDH**”), para apresentar suas **OBSERVAÇÕES ESCRITAS** à solicitação de Opinião Consultiva formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “**CIDH**”) sobre **ENFOQUES DIFERENCIADOS EM MATÉRIA DE PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE**, formulada em 25 de novembro de 2019, nos termos adiante expostos.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes



I | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 25 de novembro de 2019 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de opinião consultiva, sobre “Enfoques Diferenciados em matéria de Pessoas Privadas de Liberdade” em conformidade com o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O objetivo da solicitação é a realização, pela Corte IDH, de uma interpretação conjunta de várias normas interamericanas sobre as obrigações diferenciadas que o princípio de igualdade e não-discriminação impõe aos Estados no contexto de privação de liberdade, a fim de enfrentar a situação de desigualdade real de grupos em situação especial de vulnerabilidade, especificamente: de mulheres grávidas, em período de pós-parto e lactantes; crianças que vivem com as mães na prisão; pessoas LGBT; pessoas indígenas; e pessoas idosas.

Nesse sentido, a CIDH leva à Corte IDH o seguinte questionamento: como e em que medida, levando-se em conta a (i) vulnerabilidade e especiais necessidades dos grupos citados e (ii) a condição de privação de liberdade, os Estados enfrentam a situação de desigualdade material dentro das balizas do princípio da igualdade e da não-discriminação e dos padrões interamericanos de direitos humanos.

Destarte, cumpre ter, como pressuposto da análise das matérias em apreço, a ideia de Justiça, cuja essência do conceito detém a compreensão de que somente há justiça entre os homens quando o exercício de tal virtude referir-se a outrem. Realizar a justiça não diz respeito somente à mera técnica de aplicação de normas positivadas, mas também tangencia a técnica da equidade, da utilidade e da ordem social, segundo as virtudes da convivência humana, conforme teorizou Aristóteles¹.

Através do senso de justiça, os atos humanos são retificados, e, sendo a justiça penal aquela com maior potencial para afetar a vida e a esfera de direitos do indivíduo apenado, os atos e condições de execução das penas devem sempre primar pela reparação da humanidade da pessoa, proporcionando a restauração da ordem jurídica e social, bem como objetivando a recuperação daquele que outrora delinuiu.

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, v. 2.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Com efeito, a realização da justiça - em qualquer caso - deve levar em conta o contexto social em que se inserem os apenados, os agentes do Estado e as condições de encarceramento, dentre outras perspectivas.² É notória, especialmente no contexto interamericano, a existência de desigualdades sociais entre os cidadãos. Tal situação se agrava de forma exponencial quando tais pessoas, pertencentes a alguns grupos sociais historicamente marginalizados, estão no cárcere. Se o gozo dos direitos humanos já é precário para o cidadão não apenado, nítido é que tal desfrute, fruição, e respeito aos direitos humanos são ainda mais vilipendiados para as pessoas sujeitas às penas. (Tal cenário se intensifica ainda mais, quando nos debruçamos sobre aquelas que privam os indivíduos da liberdade).

Ademais, tal como será abordado com maior profundidade adiante, grande parte dos Estados Americanos – *como já declararam algumas Supremas Cortes da região, com destaque para a situação da Colômbia e do Brasil* - se encontram em “**estado de coisas inconstitucional**”³, isto é, em situação de violação generalizada de direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados. Por certo, para as populações mais vulneráveis tal situação é ainda mais degradante.

Com este pano de fundo e tendo em mente essas considerações iniciais, passamos à breve explicação do objeto da presente contribuição escrita, com a explicação de seu recorte metodológico e, enfim, adentraremos na análise dos enfoques específicos sobre os quais a colenda Corte IDH irá se pronunciar.

² Na realidade, para apreciar os direitos subjetivos de um indivíduo ou de uma sociedade qualquer, ou para decidir da justiça de um a ação, não se pode prescindir da situação histórica, ou do fato, com todas as suas circunstâncias, que são sempre historicamente condicionadas. Não é possível do conceito deduzir o fato na sua realidade existencial [*concretezza*], a qual não pode ser senão pela experiência. Isto, porém, não transforma em mutáveis e contingentes os princípios; só varia a aplicação destes, condicionada como está ao dado histórico concreto. OLGIIATTI, Francesco. Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d' Aquino. Vita e Pensiero Societa Editrice, 1944, p. 1. (tradução nossa).

³ STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Informativo n. 798).



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

II | OBJETO E METODOLOGIA DAS OBSERVAÇÕES ESCRITAS

O objetivo dessas *observações escritas* é tecer um retrato sobre a situação brasileira, dentro do escopo delimitado pelo Pedido de Opinião Consultiva sobre “*Enfoques Diferenciados em matéria de Pessoas Privadas de Liberdade*”, cuja temática concerne às mulheres lactantes e pós-parto encarceradas (e seus filhos e filhas que convivem com elas no cárcere); população LGBT, Indígenas e Idosos.

A referida solicitação requer que a Corte IDH se pronuncie sobre a efetividade do princípio da isonomia para essas populações vulneráveis encarceradas, e, especialmente, sobre como efetivar a igualdade entre as populações encarceradas à luz da normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nesse sentido, buscamos apresentar os principais pontos relativos à situação de risco vivenciada por essas populações no sistema carcerário, bem como, a resposta do Estado brasileiro às demandas e obrigações internacionais assumidas no âmbito regional e universal para garantir o pleno gozo dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos pertencentes aos grupos objeto da futura Opinião Consultiva.

Assim, cada eixo temático apresentará as abordagens doutrinárias, legais e jurisprudenciais acerca daquele grupo específico, bem como, alguns dados e conclusões a respeito da realidade brasileira e dos padrões normativos aos quais o Brasil se subordina à luz da compreensão do Poder Judiciário, de instituições do Estado (como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos instituídos por lei) e da sociedade civil organizada.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa descritiva e explicativa, com levantamento e análise de dados com relativa⁴ confiabilidade, haja vista a defasagem de alguns dados oriundos do poder público (notadamente: das instituições que administram o sistema penitenciário), que foram cotejados com os levantamentos feitos pela sociedade civil organizada e órgãos de controle. Ademais, a análise dos dados se deu através do método qualitativo (explicativo) e quantitativo (descritivo).

⁴ Importante dizer que houve o máximo esmero para a obtenção de dados confiáveis, contudo, diante da circunstância atual brasileira, é leal e fundamental mencionar esta fragilidade, que, por si, já é um denotativo, uma evidência do *estado de coisas inconstitucional* em âmbito brasileiro.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Por derradeiro, cumpre informar que optamos por dividir os temas da seguinte forma:

➤ **ENFOQUES EM MATÉRIA DE MULHERES GRÁVIDAS, EM PERÍODO PÓS-PARTO, LACTANTES E CRIANÇAS QUE VIVEM COM SUAS MÃES NO CÁRCERE:** Aglutinamos esses grupos para o estudo e apresentação da temática, uma vez que há uma certa precariedade na coleta e publicização dos dados acerca desses grupos. Além disso, julgamos pertinente estudá-los conjuntamente, pois, na prática, as normas incidentes sobre esses grupos se encontram nos mesmos instrumentos, o que facilita a exposição e compreensão dos resultados da pesquisa.

➤ **ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS LGBT:** Aqui buscamos tratar, de acordo com os dados disponíveis, bem como, de acordo com o que a normativa interna brasileira e internacional, de todos os subgrupos que compõe a comunidade LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros etc.

➤ **ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS INDÍGENAS:** Nessa seção, procuramos compreender a realidade e os desafios dos Indígenas brasileiros, as normas que regem suas relações, direitos e obrigações, bem como, a sua realidade no cárcere, em razão de se tratar de pessoas com estatuto especial, posto que vivem modos vida tradicionais.

➤ **ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS IDOSAS:** Dedicamos essa derradeira seção ao estudo e análise dos dados relativos à população idosa e à efetivação de seus direitos quando apenados com penas privativas de liberdade pela justiça criminal.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

III| ENFOQUES EM MATÉRIA DE MULHERES GRÁVIDAS, EM PERÍODO PÓS-PARTO, LACTANTES E CRIANÇAS QUE VIVEM COM SUAS MÃES NO CÁRCERE

A relação entre mães e filhos/filhas no cárcere, mesmo desde a vida intrauterina, é de essencial importância ao desenvolvimento do bebê, pois todos os estímulos, sejam placentários ou externos ao corpo da mãe são também experimentados pela criança o que pode, por exemplo, ser comprovado através de exames ecográficos para compreender melhor o relacionamento maternal e filial – e isso inclui o stress do ambiente prisional⁵.

Será desenvolvida, ao longo dos anos, de forma consequencial, a personalidade dessa criança, que terá como primeira referência o vínculo materno, sendo a mãe o ser humano responsável por suprir-lhe as primeiras necessidades.

Apesar do reconhecimento das necessidades diferenciadas em função do gênero pela legislação internacional quanto ao sistema prisional, como as Regras de Bangkok da Organização das Nações Unidas, e até mesmo legislação interna, o que se nota, ainda, é um contexto precário, que invisibiliza grávidas, puérperas e lactantes, que precisam ser notadas de forma holística, completa, em um sistema penal ainda majoritariamente masculino e androcêntrico.

Historicamente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, na Resolução 14 de 11 de novembro de 1994, já estabelecia o cuidado dentro do sistema prisional para as mulheres grávidas no seu artigo 17, ao afirmar que

“O estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico. Para atender à grávida, à parturiente e à convalescente, sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência”⁶.

O sistema prisional brasileiro, no que se destina às mulheres, é precário, sendo pouco visto quantitativamente e pouco adequado às necessidades específicas deste

⁵ZIMERMAN, David. Vocabulário contemporâneo de psicanálise. Porto Alegre: Artmed, 2001. p.301.

⁶CNCP. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução nº14 de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.crsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

público. Constatase precariedade de pronto, quando a primeira coleta de dados e análise por parte do governo federal é publicada em 2015, o “IFOPEN Mulheres”, sendo esta, uma demonstração de como, por vezes, as políticas públicas endereçadas a esta questão são falhas por ausência de mapeamento estatístico.

Tal fato revela que há um caminho longo a ser percorrido para a execução das diretrizes da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), esta proveniente da Portaria Interministerial n. 210, de 16 de janeiro e 2014. A normativa em comento não deve ser lida de forma isolada, pois normas ulteriores, como o Decreto Federal n. 9.871, de janeiro de 2019, que dispõe sobre o Comitê Gestor da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional. Além disso, tem-se em mente que a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de julho de 1984) já traz as garantias, porém, há ainda a necessidade de leitura a partir dos valores impressos na Constituição Federal de 1988.

Observa-se, portanto, que a existência de um aparato instrumental que vise a proteção das mulheres presas no Brasil não é temática recente, apesar dos retrocessos atuais. Como se poderá depreender da seguinte abordagem, o cerne do problema se encontra na efetividade dos direitos e na aplicação de políticas estaduais que visem conceder atenção ao grupo, com políticas intersetoriais que promovam a plena integração de mães e filhos/filhas, em um contexto de difícil e delicada análise.

Nesse sentido, há que se observar os principais aspectos das mais importantes fases da maternidade no cárcere: a gravidez e o pré-natal, o pós-parto e a amamentação, e a convivência entre mães e filhos/filhas,.

MULHERES GRÁVIDAS

É necessária a diferenciação em relação ao gênero dentro do sistema prisional, para que se possa efetivamente amparar as mulheres com toda sua particularidade e a estigmatização que sofrem devido ao fato de ser mulher dentro do sistema prisional. É necessário dedicar atenção tanto no campo estrutural do sistema prisional, como no corpo de funcionários (com o cuidado de serem atendidas por mulheres e que tenham o aparato da equipe médica e social de acompanhamento) com todo o exigido para a assistência durante a gravidez, tendo por base a vulnerabilidade que caracteriza o grupo



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

de gestantes no sistema prisional e suas particularidades, que devem ser respeitadas nesse ambiente, como levar em conta o atendimento e contato com a família e os filhos.

O principal efeito do encarceramento das mulheres é o aumento de sua vulnerabilidade social, individual e programática⁷. Quando analisado o parto, é socialmente visto como um fenômeno importante e positivo para as mulheres, porém, também pode desencadear estresse psicológico e angústia, principalmente quando é levado em consideração o contexto prisional⁸. Esta população passa por diversas questões críticas, dentre as quais, o fator de risco que está associado à baixa condição socioeconômica. As mulheres grávidas ou que têm seus filhos/filhas nas prisões são consideradas mais vulneráveis⁹.

A lógica de aprisionamento vem sendo também refletida no aumento do encarceramento feminino, as condições precárias no ambiente prisional geral refletem no ambiente prisional voltado às mulheres, às vezes com condições piores que o masculino, devido ao número de estabelecimentos e o quantitativo de mulheres presas.

Os documentos normativos nacionais e internacionais garantem a atenção à gestação desde a admissão da mulher na prisão, porém muitas vezes não são cumpridos¹⁰. É fundamental que se tenha teste de gravidez no exame realizado nas ingressantes, por trazer benefícios através do cuidado no pré-natal¹¹. No Brasil, durante o período gestacional é obrigatório garantir a vinculação dessa mulher a uma maternidade, o parto deve seguir o que consta na Lei 11.634/2007¹², onde a mulher precisa se familiarizar com o ambiente hospitalar, consolidar a relação com os

⁷LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil. Ciência & Saúde Coletiva, 21(7):2061-2070, 2016.

⁸Idem.

⁹LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil. Ciência & Saúde Coletiva, 21(7):2061-2070, 2016.

¹⁰ Idem.

¹¹LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil. Ciência & Saúde Coletiva, 21(7):2061-2070, 2016.

¹²BRASIL, Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/111634.htm> Acesso em: 27 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

profissionais de saúde e garantir a vaga no hospital para que seja realizado o parto¹³. Contudo, quando é analisada a realidade das gestantes presas, esses direitos não são assegurados¹⁴.

No aspecto da presa grávida existe a necessidade de assistência médica contínua e acompanhamento psicológico. Devido a todas essas particularidades e à existência de uma situação caótica do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em setembro de 2015, um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Trata-se da constatação de que se está diante de diversas e generalizadas violações de direitos e ante a inércia estatal em reverter tal situação.

Em razão dessas particularidades, e, ante a incapacidade do Estado de efetivar a proteção e o respeito das gestantes encarceradas, é que advém a necessidade de se cumprir o *Habeas Corpus coletivo* n.º 143.641¹⁵, por meio qual se concedeu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em favor de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, desde que estejam sendo processadas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça ou contra os seus descendentes.

Ao Analisar os Dados do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, originado e monitorado permanentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base na Portaria n.º 15/2017 do CNJ¹⁶, que concebeu a política judiciária nacional de enfrentamento da violência contra a mulher, pode-se perceber que houve, no mês de junho de 2020 (06/2020), 132 gestantes, distribuídas entre os estados do Nordeste (Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Bahia), Sudeste (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais), Centro-Oeste (Mato Grosso do Sul e Goiás), Norte (Acre e Roraima),

¹³LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Birth in prison: pregnancy and birth behind bars in Brazil*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(7):2061-2070, 2016

¹⁴ Idem.

¹⁵BRASIL. Habeas Corpus 143.641 São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em 26 out. 2020.

¹⁶BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Portaria n.15, de 8 de março de 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_15_08032017_10032017184034.pdf> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Sul (Paraná, Santa Catarina e Rio grande do Sul) e Distrito Federal que repassaram os dados ao CNJ¹⁷.

No mês de setembro de 2020 (09/2020), o número passou para 128 grávidas, no total de 199 presas nessa situação. Entretanto, no mês de outubro de 2020, percebe-se a problemática sobre os dados repassados pelos Estados ao CNJ, já que constam somente 11 presas, 5 gestantes, referentes somente ao estado de Minas Gerais, único que informou os seus dados¹⁸.

Neste ponto da análise, é importante destacar a relevância de o Estado brasileiro reforçar aos estados membros da federação brasileira que repassem os dados referentes ao quantitativo de gestantes e lactantes no sistema prisional devido ao acompanhamento e à aplicação de políticas que devem ser levadas em consideração, conforme reforçado pela Resolução nº 252, de 24 de setembro de 2018, do CNJ¹⁹, que veio a estabelecer princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade.

Entre essas diretrizes está o monitoramento e fiscalização pelos GMFs (Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas), com a finalidade de identificar e poder contribuir para a efetivação e o respeito aos direitos e atender às especificidades no cuidado desse grupo vulnerável. Cabe aqui, portanto, ressaltar a importância de manter a lista atualizada e que todos os estados colaborem para coleta de dados atualizados.

A Constituição Federal de 1988²⁰ assegura o direito à saúde que abrange todas as mulheres independentemente de estarem em privação de liberdade. Este direito deve ser efetivado na gestação, com base no princípio da exclusiva proteção dos direitos da criança presente na Lei de Execução Penal e Estatuto da Criança e Adolescente

¹⁷CNJ. Dados do Conselho Nacional de Justiça. Sistema Prisional-Presas Grávidas e Lactantes. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f63a2001-ec5f-4d71-b81c49e46f95e6f3&sheet=6fff7a89-4517-47d8-91b2-9f905c57b58f&lang=pt-BR&opt=cursel&select=NUM_ANO_MES_REF,43983> Acesso em: 24 out. 2020.

¹⁸CNJ. Dados do Conselho Nacional de Justiça. Sistema Prisional-Presas Grávidas e Lactantes. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f63a2001-ec5f-4d71-b81c49e46f95e6f3&sheet=6fff7a89-4517-47d8-91b2-9f905c57b58f&lang=pt-BR&opt=cursel&select=NUM_ANO_MES_REF,43983> Acesso em: 24 out. 2020.

¹⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 252 de 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_252_04092018_05092018141213.pdf> Acesso em: 27 out. 2020.

²⁰BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

(ECA)²¹. São garantidos por lei os cuidados médicos no pré-natal e no pós-parto, incluindo o recém-nascido. O período é crucial para se formar diagnóstico referente a problemas de saúde na mãe e seu filho/filha, bem como, para garantir que ocorra a verificação e cuidado do estado geral da mulher, através de nutrição, higiene ou saúde, suporte social na gestação. Estes requisitos são essenciais para que a criança tenha um bom desenvolvimento²².

No Brasil, além das referências constitucionais²³, existem diversas normas pertinentes à privação da liberdade das mulheres grávidas, algumas em Códigos, como o Código Penal e Código de Processo Penal e outras legislações esparsas. Veja-se a seguir

No âmbito das normas codificadas, destacam-se: o artigo 318 do Código de Processo Penal²⁴, que trata da possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar e o artigo 59 do Código de Processo Penal²⁵, sobre a substituição da pena privativa da liberdade aplicada; reforçando essa atenção ao cuidado da gestante.

No âmbito da legislação esparsa, o primeiro destaque deve ser atribuído à Lei n. 13.257/2016²⁶, considerada Marco Legal da Primeira Infância, por meio da qual são assegurados, às mulheres, acesso a programas e políticas da saúde, bem como, veiculadas alterações de outras normas brasileiras, dentre as quais, a possibilidade de substituição da prisão provisória para prisão domiciliar, incluindo tanto as mulheres gestantes como para aquelas que têm filhos/filhas de até 12 anos. Esse posicionamento foi reforçado em 2018, pelo *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641.

Cabe salientar, ainda, que o Marco Legal da Primeira Infância garante atenção às gestantes nas várias fases gestacionais, desde a descoberta da gravidez, com atendimento pré-natal, como, também, no momento do parto, englobando todas as mulheres sem distinção, assim como, reitera a necessidade de garantir atenção sanitária e assistência do SUS às grávidas que estejam sob custódia do Estado.

²¹HASHIMOTO, Érica Akie; GALLO, Janaina Soares. Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão. Revista Liberdades - nº 9 - janeiro/abril de 2012 I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

²²Idem.

²³ Cf. Art. 227, §1º e seguintes da Constituição da República de 1988.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 26 out. 2020.

²⁵ Idem.

²⁶BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

O Marco Legal da Primeira Infância esclarece e enfatiza, ainda, em seu artigo 3º, que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, conforme artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 4º da Lei nº 8.069²⁷, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), implica o dever do Estado de estabelecer políticas [públicas], planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em texto incluído pelo próprio Marco Legal da Primeira Infância, o artigo 8º, §10, dispõe que incumbe ao poder público garantir a todas as mulheres o direito ao acesso aos programas, políticas de saúde da mulher e planejamento reprodutivo. As gestantes têm a garantia de uma nutrição adequada, atenção humanizada na gravidez, no parto e no puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Tem-se nítido, assim, que é dever do poder público garantir à gestante e à mulher, com filho/ filha na primeira infância, que estão sob custódia em unidade de privação de liberdade, local que siga às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho/filha, também, com o sistema de ensino competente, para que a criança se desenvolva integralmente.

Por fim, o Marco Legal da primeira infância também, em seu artigo 41, altera, dentre os artigos já elencados no texto, o inciso IV do artigo 318, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos em que o agente for gestante.

Já a Lei nº 7.210/1984²⁸, de 11 de julho de 1984 que institui a Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, IV, estende as possibilidades de recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular à condenada gestante e assegurou, em seu artigo 14, §3º, o direito ao acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, ou seja, trouxe atenção especial ao cuidado materno-infantil.

²⁷BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 27 out. 2020.

²⁸BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

A Lei nº 13.434²⁹, de 12 de abril de 2017, proíbe o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e durante a fase de puerpério, já a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas que se encontra nessa situação.

O artigo 2º da Lei nº 13.769/2019³⁰, por sua vez, altera o Capítulo IV, Título IX, Livro I do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo Penal. Foram acrescentados os artigos 318-A e 318-B. O Art. 318-A apresenta as condições para a substituição por prisão domiciliar, em seus inciso I e II, desde que não tenha realizado crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não tenha efetuado o crime contra seu filho ou dependente. Dentre as alterações realizadas pela lei, o artigo 3º veicula modificações da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Um exemplo a ser mencionado é o artigo 112, §3º, I, II, III, IV, V, que, passa a indicar os requisitos cumulativos para a progressão de regime para a mulher gestante, a mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. São requisitos cumulativos ali previstos: *não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; o crime não ter sido cometido contra seu filho ou dependente; o cumprimento ao menos de 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; ser primária e com bom comportamento carcerário, mediante comprovação pela diretoria do estabelecimento; não ter feito parte de organização criminosa.*

Em âmbito infralegal, há de se mencionar, ainda, a Portaria Interministerial MJ/SPM nº 210, de 16 de Janeiro de 2014, que, em uma iniciativa conjunta dos então Ministérios da Saúde e da Justiça, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional.

Como se vê, não são poucas as normas jurídicas brasileiras pertinentes ao tema. Entretanto, apesar da existência das normas específicas e antecedentes, foi necessária a prolação de decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 20 de fevereiro de 2018, para que fossem efetivamente aplicadas as normas existentes. Referimo-nos, aqui, ao já

²⁹BRASIL. LEI nº 13.434, DE 12 DE ABRIL DE 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13434.htm> Acesso em: 27 out. 2020.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

citado *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641, que orientou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de mulheres gestantes, mães de crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência. (Circunstância esta, anteriormente descrita na Lei nº 13.257/2016, porém, muitas vezes, não aplicada, conforme argumentado no *habeas corpus* coletivo.)

Em uma decisão por quatro votos a um, a Segunda Turma da corte suprema brasileira concedeu o referido *Habeas Corpus* coletivo, aceitando o argumento de que "confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, assistência regular no parto e pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante". Na ocasião, deu-se, aos juízes, um prazo de até 60 dias para aplicarem a decisão.

Nesse contexto e em linha com a decisão da Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tal como dito anteriormente, parametrizou o tratamento dado às mulheres mães e gestantes privadas de liberdade, publicando a Resolução nº 252 de, 04 de setembro de 2018. O instrumento normativo estabeleceu os princípios e as diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade, conforme Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras) e Regras de Mandela (Regras Mínimas para o Tratamento de Presos). Quanto a estas últimas duas Regras, importante salientar, também, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de tradução e divulgação delas.

PÓS-PARTO E LACTANTES

A Constituição da República Federativa do Brasil/1988 é expressa ao reconhecer a importância da amamentação para as mulheres encarceradas, indicando, em seu artigo 5º, inciso L, que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”³¹. Trata-se de proteção maior e fundante, que lastreia normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu artigo 9º, afirma e impõe que “o poder público, as

³¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos/filhas de mães submetidas a medida privativa de liberdade³². O artigo 83 da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal³³, em seu parágrafo 2º, cuja redação foi dada pela atualização promovida pela Lei 11.942 de 2009³⁴, apresentou a garantia, de que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”, além de assegurar que a mãe será acompanhada no pós-natal, atendimento extensivo ao bebê.

Estudos realizados sobre mães em fase de amamentação no cárcere apontam para a importância da amamentação para a saúde física e psicológica de ambos. Frisam a capacidade de promover a criação de vínculos emocionais entre mãe e bebê, apesar do ambiente hostil carcerário, predominantemente androcêntrico, e com a noção permanente de que a separação, em algum momento, haverá de ocorrer³⁵. Da mesma forma, as altas cargas de stress e a ausência de um ambiente adequado ao aleitamento, em razão da vulnerabilidade que a situação enseja, podem inclusive afetar a capacidade de produção de leite materno por mulheres presas, o que coloca em risco a saúde de nutrizes e filhos.

A relação criada durante esse processo, entre mãe e bebê, auxilia para que possam lidar com o impacto emocional gerado pelo parto e puerpério³⁶, uma experiência intensa para ambos, porém suavizada pela capacidade humana de estabelecer laços afetivos e reconhecer o ambiente circundante, sendo capaz de reduzir substancialmente a taxa de mortalidade infantil e o surgimento de comorbidades para os filhos, como resultado positivo dessa prática³⁷ e até mesmo a prevenção de quadros para

³²BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 20 out. 2020.

³³BRASIL. Lei de Execução Penal. 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: 20 out. 2020.

³⁴BRASIL. Lei 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

³⁵DIUANA, Vilma; CORRÊA, Marilena CDV; VENTURA, Miriam. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 27, p. 727-747, 2017.

³⁶PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 369.

³⁷SMITH, Emily R. et al. Delayed breastfeeding initiation and infant survival: A systematic review and meta-analysis. *PloS one*, v. 12, n. 7, p. e0180722, 2017.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

as mães³⁸, em razão das incertezas geradas pelas circunstâncias em que se encontram³⁹. Muitas mulheres se preocupam com quem as crianças permanecerão fora do ambiente carcerário, muitas têm traumas de infância não analisados e muitas são vítimas de violência sexual⁴⁰.

A amamentação contribui para a composição do sistema imunológico das crianças, preparando-as para o contato com agentes patógenos externos, para os quais os bebês ainda não possuem imunidade própria. Nesse sentido, a relação entre infante e nutriz, quando desenvolvida de maneira saudável, é essencial para a sobrevivência da criança. A adesão à amamentação natural, e não através de fórmula, também carece de estímulo em razão da ausência de profissionais de enfermagem e assistência para realizar a conscientização das parturientes, não obtendo êxito no incentivo à amamentação exclusiva.

Com relação à postura da República Federativa do Brasil, sob a ótica da tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si, há atualmente no sistema judiciário brasileiro, no Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional, o registro de 422 ações, até a conclusão do presente documento, entre Recursos Ordinários, Habeas Corpus e Medidas Cautelares, referentes à pedidos de saída antecipada de regimes fechado e semiaberto a presas grávidas, próximas ao parto, em puerpério ou lactantes.

Com relação às decisões observadas no âmbito da Segunda Turma do STF⁴¹, nota-se que há uma tendência a autorizar a substituição da prisão preventiva de pacientes gestantes e lactantes, em sede de Habeas Corpus, por prisão domiciliar, sendo que, para tais hipóteses, o Supremo adota a postura de “proceder ao exame da conveniência da medida à luz das particularidades do caso concreto”⁴², sendo que a legislação brasileira admite a exclusão de tal medida, a de substituição pela prisão

³⁸POEHLMANN, Julie. Incarcerated mothers' contact with children, perceived family relationships, and depressive symptoms. *Journal of Family Psychology*, v. 19, n. 3, p. 350, 2005.

³⁹ABBOTT, Laura; SCOTT, Patricia. Women's experiences of breastfeeding in prison. *MIDIRS Midwifery Digest*, 2017.

⁴⁰Idem.

⁴¹Informações notadas nos julgados da Segunda Turma do STF, nos seguintes casos, todos sob relatoria do Ministro Celso de Mello: HC 134.104/SP, HC 134.069/DF, HC 133.177/SP, HC 131.760/SP, HC 130.152/SP, HC 128.381/SP.

⁴²STF. HC 174149 SP - SÃO PAULO. Inteiro Teor. Relatoria da Ministra Carmem Lúcia. DJe-182 21/08/2019.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

domiciliar, apenas nos seguintes casos, nos termos do Código de Processo Penal⁴³ vigente, com redação alterada pela inclusão do artigo 318-A pela Lei 13.769 de 2018⁴⁴:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Com relação a esses dados, de acordo com o INFOPEN, atualizados até 2017, apenas 21%⁴⁵ das mulheres se encontram encarceradas em razão do cometimento de crimes com violência ou grave ameaça, o que torna a análise do caso concreto necessária, mas debatível, pois *não há dados precisos ou atualizados sobre encarceramento feminino a nível nacional*, nem sobre os crimes que levaram ao encarceramento das gestantes e lactantes, em caráter específico, estando disponíveis apenas informações genéricas, sobre toda a população de educandas, no que diz respeito aos crimes cometidos, em geral.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa empírica realizada através de visitação às unidades carcerárias, o número de gestantes e lactantes, no que se refere ao percentual de internas, não ultrapassa 7% do total de educandas, excetuando-se duas unidades: no Rio de Janeiro, a Unidade Materno Infantil, que segundo dados de 2018 contava com 100% de lactantes e 0% gestantes, e o Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, de Minas Gerais, com 49% de gestantes e 72% de

⁴³BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁴BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art2> Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁵MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA. Infopen Mulheres, Junho de 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2017.pdf/@@download/file/infopenmulheres-junho2017.pdf>> Acesso em: 20 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

lactantes. Para as demais unidades nacionais, as mulheres grávidas ou lactantes representam pouco mais que 1% da população carcerária feminina total⁴⁶.

É importante notar que a concessão de tal permissão se dá em razão da hipótese de risco para mãe e bebê, um direito que deve prevalecer, sobretudo quanto à ordem constitucional brasileira, sob qualquer aspecto, como direito fundamental. O direito à amamentação, em uma digressão possível, é um direito humano, sendo medida de nutrição e a ação isolada mais eficaz para a prevenção de doenças e reforço da saúde infantil – um importante aliado no combate à mortalidade na infância.

Há relatos, quando das pesquisas empíricas do Conselho Nacional de Justiça⁴⁷, sobre a convivência no mesmo espaço de gestantes e lactantes com *presas idosas e doentes* (Conjunto Penal Feminino Consuelo Nasser, Goiás; Penitenciária Feminina do Distrito Federal), além da *alimentação de crianças em processo de desmame ser a mesma concedida a presas idosas* (Penitenciária Feminina do Distrito Federal), em total desatenção às necessidades nutricionais de ambas as categorias – uma demonstração também da *infantilização da mulher*, sem que haja observância ao recorte etário, uma forma de controle biológico sobre seus corpos. Sobretudo de *mulheres pobres e negras*, a maioria da população carcerária.

Tais dados também violam as *Regras de Bangkok*⁴⁸, em sua regra 48, sobre a necessidade de se prover alimentação, espaços e exercícios adequados a mães e bebês, em contextos de gravidez e para as mulheres que já se encontram no pós parto e lactantes, sendo que as crianças, sob nenhum aspecto, deverão ser tratadas igualmente como prisioneiras, ainda de acordo com a mesma legislação, de cuja elaboração o Brasil participou ativamente, e com o devido cuidado às regras nacionais sobre infância.

⁴⁶CNJ. Relatório Estatístico: Visita às Mulheres Gestantes e Lactantes Privadas de Liberdade, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf> Acesso em: 19 out. 2020.

⁴⁷CNJ. Relatório Estatístico: Visita às Mulheres Gestantes e Lactantes Privadas de Liberdade, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf> Acesso em: 19 out. 2020.

⁴⁸UNODC. Bangkok Rules - United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders with their Commentary. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ENG_22032015.pdf> Acesso em: 27 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Os corpos femininos, considerada também a interseccionalidade racial e etária, partindo de uma análise sob a ótica de Michel Foucault, sofrem por parte do Estado e da sociedade uma espécie de controle, como *corpos dóceis*, submetidos a inúmeras estratégias de submissão, através de processos históricos de subordinação feminina, exercendo coação sobre suas existências, pois

“é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado. Em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações”⁴⁹

Insta memorar que o Brasil já sofreu condenação quanto ao direito das gestantes no Comitê para a Eliminação de Todas as formas de discriminação contra a mulher⁵⁰, previamente, no que diz respeito à mortalidade materna, no caso *Alyne Pimentel v. Brasil*, um caso gravíssimo de negligência médica, no sistema público de saúde, no qual a parturiente, Alyne, uma mulher negra, foi vítima de uma série de erros médicos e um parto mal sucedido de um feto natimorto, que levaram ao seu óbito, em 2002, o que demonstra que o descuido com a saúde de mãe e bebê no Brasil, sobretudo quanto à população pobre e negra, não é uma realidade nova.

No que diz respeito ao direito de lactantes a amamentar seus filhos no Brasil, devemos nos atentar, antes de analisar os dados estatísticos, à análise sistemática da proteção à família e, por consequência, à maternidade e à infância, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, da qual o direito da lactante ao aleitamento exclusivo é decorrente.

Os constituintes originário e derivado, por força da promulgação do texto original da Constituição e, posteriormente, de sua Emenda nº 65 de 2010⁵¹, em seu artigo 227, ao afirmarem que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à alimentação, com absoluta prioridade, colocando-a a salvo de toda forma de negligência e garantindo-a o acesso à proteção integral, permitem que se infira, implicitamente, que todos os meios saudáveis aplicados à plena nutrição da

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Rio de Janeiro: Vozes. 2014, p.134.

⁵⁰ CEDAW. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil*. CEDAW/C/49/D/17/2008.

⁵¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 65, de 13 de Julho de 2010. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm#art2> Acesso em: 18 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

criança devem ser implementados em caráter concorrente pela família, pela sociedade e pelo Estado, nas esferas de atuação na qual cada um desses atores for competente.

Dentre os julgados mais recentes do STF, há um em especial, impetrado pela Defensoria Pública de 16 unidades federativas⁵² em razão da pandemia de Covid-19, no HC Coletivo 186.185⁵³, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, que negou a medida, *contrariando posição anterior da própria corte*, sob o argumento de que as “208 mulheres grávidas presas em todo o país, às quais soma-se 44 puérperas e 12.821 mães de crianças menores de doze anos, sendo muitas destas últimas ainda lactantes” nas unidades prisionais do país, mencionadas pelas impetrantes, encontravam-se em “situações heterogêneas”, o que impedia a análise em concreto de cada caso.

O Ministro também menciona o fato de que serem grávidas, puérperas e lactantes não impedia sua permanência nos ambientes prisionais, a despeito da realidade de superlotação carcerária brasileira e da legislação temática já mencionada, alegando tal decisão monocrática não estar em descompasso com a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça⁵⁴, sob as medidas de contenção do vírus da SARS-COV-19 no ambiente penal e socioeducativo.

No entanto, nota-se um **retrocesso** e, em certa medida, um processo de autofagia do próprio sistema da corte, pois tal decisão negativa de HC Coletivo, proferida em meio ao risco pandêmico, contraria o posicionamento anterior do Egrégio Tribunal, de 2018, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *no julgamento do HC Coletivo*

⁵²Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, Defensoria Pública do Estado do Pará, Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, Defensoria Pública do Estado do Maranhão, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande Do Sul, Defensoria Pública do Estado da Bahia, Defensoria Pública do Estado De Sergipe, Defensoria Pública do Estado do Paraná, Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, Defensoria Pública do Estado de Goiás, Defensoria Pública do Estado do Rio De Janeiro, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado da Paraíba, Defensoria Pública do Estado de Alagoas, Defensoria Pública do Estado de Rondônia.

⁵³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC: 186185 DF 0093517-72.2020.1.00.0000, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/08/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 10/09/2020. Habeas corpus coletivo. Penal e processual penal. Pleito genérico de concessão de prisão domiciliar em abstrato. Situação de pandemia de covid- 19. Precedente. Adpf 347-tpi-mc- ref. Incognoscibilidade do writ. Ordem parcialmente concedida, de ofício, apenas para determinar às autoridades indicadas a obervância da recomendação no 62/2020 do conselho nacional de justiça, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus das detentas gestantes, puérperas e lactantes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5921049>> Acesso em: 20 out. 2020.

⁵⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 20 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

143.641-SP⁵⁵, com caráter de repercussão geral, em benefício de “*todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças*”.

Nota-se, ainda conforme HC 143.641-SP, de 2018, que mesmo no caso de mulheres que estejam presas por crimes graves como tráfico de drogas, *não é comum o crime ter sido praticado com uso de violência ou grave ameaça*, não se excluindo, portanto, a proteção do Art. 318-A, ao contrário do que afirma o Ministro Fux nos julgados mais recentes, sobretudo do HC Coletivo de 2020, já mencionado, sendo que o julgador poderia ter requisitado informações ao Departamento Penitenciário Nacional sobre o estado penal das educandas *de ofício*, como é procedimento comum à corte, inclusive promovendo a divulgação, produção e transparência de informações sobre a temática, tão delicada.

Ademais, negar um habeas corpus coletivo a mulheres grávidas e lactantes em ambiente carcerário se configura como violação à Convenção Americana de Direitos Humanos quanto ao direito à integridade pessoal, em seu artigo 5, sobre a vedação de penas cruéis e degradantes, ao garantir que toda pessoa presa deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, sendo violação sistemática e maciça de direitos humanos, ao tolher essas mulheres e seus bebês de seus direitos.

Os números variam de relatório para relatório, em razão do tempo de gravidez e permanência das educandas nesse cenário, dificultando o acesso às informações, o que torna uma análise precisa sobre o número de gestantes e lactantes bastante precária.

MATERNIDADE E CÁRCERE

⁵⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC: 143641 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018. Trata-se de habeas corpus coletivo deferido para fins de substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no Art. 319 do Código de Processo Penal – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim as adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas determinadas condicionantes estabelecidas no acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 20 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

O encarceramento feminino e a maternidade neste âmbito é compreendido no Brasil como tema sensível ante ao seus diversos fatores conformadores⁵⁶: (i) as estruturas patriarcais incidentes nas relações sociais envolvendo mulheres e as que permeiam gênero como um todo, (ii) a invisibilidade às mulheres que cometem infrações penais, diante da perspectiva da docilidade comportamental, e da oferta de presídios exclusivamente femininos, sendo inobservadas as condições de vivência neste ambiente; e, (iii) o exercício da maternidade no cárcere, pensada enquanto hipermaternidade e hipomaternidade.

Todo este contexto perpassa pelas nuances da hipermaternidade e hipomaternidade, fases distintas e específicas para as mães que se encontram na situação, sendo esta maternagem ambígua. Depreende-se que:

[Significa] “maternidade vigiada-controlada” o exercício da vivência da maternagem em contextos restritivos e permanentemente vigiados. Ainda que os espaços materno-infantis ofereçam melhores condições espaciais e físicas, possibilitando o exercício de direitos básicos dos bebês, constituem espaços de disciplina, no qual a mulher e o filho costumam passar todo o tempo⁵⁷.

Esta configura deflagra ausências, insuficiências e excessos ao mesmo tempo; mulheres aprisionadas convivem com as dores do confinamento e os cuidados com o filho, no ventre ou não, de forma distante dos familiares e a conviver com outras mulheres em situação semelhante. A maternagem, portanto, é condicionada ao momento permitido em legislação de forma pontual, com critério etário da criança, isto é, até os 07 anos de idade. A relação, por sua vez, é marcada por vulnerabilidade e pelo sentimento de insegurança, pois, os dias com os filhos são sinônimos de uma despedida que se aproxima.

A hipermaternidade e hipomaternidade são categorias que denotam os extremos deste quadro: ora sempre próximos/as, mãe e filho/a, de forma compulsória devido ao espaço e ao tempo em ambiente restritivo, ora a maternagem é nula pelo desligamento

⁵⁶ANGOTI, B.; BRAGA, A. G. M. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. Revista SUR, São Paulo, 2015, n. 22. Disponível: <https://sur.conectas.org/da-hipermaternidade-hipomaternidade-no-carcere-feminino-brasileiro/>. Acesso em: 26 out. 2020. p. 2.

⁵⁷ANGOTI, B.; BRAGA, A. G. M. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. Revista SUR, São Paulo, 2015, n. 22. Disponível: <https://sur.conectas.org/da-hipermaternidade-hipomaternidade-no-carcere-feminino-brasileiro/>. Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

igualmente compulsório por parte do Estado. Infelizmente, esta realidade é também a brasileira e será discutida a seguir.

A questão torna-se ainda mais delicada, pois, ganha novo fôlego com o Plano Nacional da Primeira Infância, no ano de 2010, no qual estabelece premissas, objetivos e metas a serem alcançados pelo Estado brasileiro, de forma intersetorial, nas expressões administrativas, políticas e jurisdicionais para que houvesse a compreensão das especificidades da faixa etária dos primeiros 72 meses ou 06 anos de vida⁵⁸, coligado a isto, a maternidade ganha nova face formal (ou seja, do ponto de vista normativo), pois, a saúde da mãe - pré-natal, momento do parto e pós-parto – passa a entrar na agenda de prioridades nacionais.

Após o Plano, adveio o Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016) que regulamenta diretrizes ainda difusas em torno da Doutrina da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta para crianças com até 06 anos de idade. Estas foram compiladas em legislação federal que vincula o Poder Público às contrapartidas com relação não somente aos direitos das crianças, mas também à família, especialmente às mães.

A situação da relação do encarceramento feminino com maternidade já era avistada em instrumentos internacionais como as Regras de Bangkok e de Nelson Mandela, além de também na Convenção sobre os Direitos da Criança quando se mensura o direito à convivência familiar e ao exercício da maternidade⁵⁹. Mas nacionalmente ganha novos aspectos com o Marco Legal da Primeira Infância e a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990) e do Código de Processo Penal. No Estatuto foram modificados principalmente os dispositivos no que toca à saúde da criança e a responsabilidade de unidades hospitalares, no 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

⁵⁸ FABIANI, P. J.; KISIL, M. Primeira Infância: Panorama, análise e prática. São Paulo: IDIS, 2015.

⁵⁹VIEIRA, C. M. C.; VERONESE, J. R. P. Crianças encarceradas: A proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

desenvolvimento integral da criança. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)⁶⁰

Assim, formalmente há garantias reconhecidas. Outra importante, seria a da possibilidade de concessão de prisão domiciliar prevista no Art. 318 do Código de Processo Penal; a razão para esta inserção está no Marco Legal da Primeira Infância e na própria Proteção Integral que desempenha performance de paradigma para todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no procedimento de execução penal. No Brasil, a natureza dos crimes praticados por mulheres é vinculado ao tráfico de drogas e àqueles atentatórios ao patrimônio, não sendo aqueles ligados à grave ameaça e a violência ou contra a vida de outrem. Desta forma, ações são impetradas junto ao Poder Judiciário para a concessão de liberação por meio de Habeas Corpus individuais ou coletivos, sendo em 2018 reconhecida a possibilidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e anteriormente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2016⁶¹.

Contudo, há ainda resistência por parte dos magistrados em dar provimento a este pedido, mesmo com decisões de Cortes Superiores favoráveis às liberações; observa-se que em São Paulo, estado brasileiro com maior população carcerária, tem-se que 89% de pedidos de prisão domiciliar são indeferidos⁶², mesmo tendo há quase vinte em curso o projeto “Mães em Cárcere” da Defensoria Pública do Estado de São Paulo⁶³ com práticas e ações para melhor atendimento jurídico e assistência jurisdicional.

Uma vez não concedida a prisão domiciliar e a criança não inserida em família substituta (modalidade guarda para parentes ou terceiros, em regra) ou acolhida institucionalmente em entidade, esta permanência no cárcere deverá atender a condições minimamente dignas. Nas dependências deverá ter equipe médica especializada em pediatria, neonatologia, além de enfermeiros e psicólogos, também estrutura com creche com professores capacitados para o processo educacional na realidade de crianças privadas de liberdade com as suas mães.

Também, é relevante pontuar que o Sistema de Garantia de Direitos, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em Resoluções do CONANDA

⁶⁰BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 26 out. 2020

⁶¹INSTITUTO ALANA. Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019

⁶²INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Relatório Mulheres sem prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível: http://itc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf. Acesso: 26 out. 2020.

⁶³BRASIL. Política Mães em Cárcere – Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5935>. Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

(Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), deve atuar neste ambiente. Dito isto, o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) e o Ministério Público deverão atuar de forma conjunta e articulada para que as garantias sejam asseguradas. Nisto, denota-se que a observância de direitos não apenas para aquela que cumpre pena que provisoriamente está encarcerada, mas também – e de forma firme, dada a proteção integral e a prioridade absoluta – à criança.

O acompanhamento desta execução de pena, portanto, exige múltipla atenção por parte do Poder Público da administração penitenciária em si, devido ao fato de estar ao lado da mulher, uma criança na primeira infância. Esta faixa etária ganhou repercussão nas agendas dos governos e do Poder Judiciário; o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) capitaneia do Pacto Nacional da Primeira Infância⁶⁴ para que haja reunião de estratégias multissetoriais para os seguintes eixos:

EIXO 1 – Mulheres e adolescentes grávidas e mães de crianças até 6 anos presas ou em regime de internação;

EIXO 2 – Proteção da criança na dissolução da sociedade conjugal;

EIXO 3 – Destituição de poder familiar, adoção e tráfico de crianças;

EIXO 4 – Famílias acolhedoras e unidades de acolhimento;

EIXO 5 – Estrutura judiciária e gestão administrativa de políticas públicas para a infância e juventude⁶⁵.

Percebe-se que estas ações são voltadas para diversas possibilidades de fatores da vida da criança, mas que para este recorte, de pronto, seria o Eixo 1, não obstante todos sejam interligados. Tais vértices são estudados e analisados por pesquisadores e discutidos em sede de Conselho Nacional de Justiça em parceria com organizações internacionais e Organizações não governamentais, para que sejam efetivadas.

⁶⁴BRASIL. CNJ – Pacto Nacional pela Primeira Infância. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pacto-nacional-pela-primeira-infancia/>. Acesso em: 26 out. 2020.

⁶⁵BRASIL. Diagnósticos de ação do Pacto Nacional pela Primeira Infância. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pacto-nacional-pela-primeira-infancia/diagnostico/>. Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

IV| ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS LGBT

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 é inaugurado, em tese, no Brasil, um novo cenário político, social e jurídico – o novo texto constitucional apresenta e consagra novas diretrizes e perspectivas para os direitos humanos e fundamentais.

Fato é que o Brasil se encontra sob um ordenamento jurídico que privilegia a supremacia da Constituição/88. Nesse ponto, é válido mencionar que, no nível interno, os direitos sexuais podem ser compreendidos como direitos derivados da concretização da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana⁶⁶.

Em um sistema constitucional que se apresenta como em constante evolução e desenvolvimento, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto⁶⁷ e sujeito a constantes novas inclusões. Face a isso, a Constituição da República⁶⁸ brasileira não versa, e nem seria possível que o fizesse, sobre todas as novas formas de interação social que surgiram da década de 80 para os dias de hoje. O Estado brasileiro, se colocado em uma análise em contraste com outros países, é visto como um país que prevê alguns direitos à comunidade LGBTI. Entretanto, é relevante mencionar que a condição LGBTI ainda é objeto de muito preconceito dentro da sociedade brasileira – a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de sua orientação sexual⁶⁹.

Abordar sobre a situação dos presos LGBTI não é suscitar uma discussão de uma nova situação, todavia é falar de uma situação que se arrasta ao longo das décadas sem o devido olhar – sensível e protetivo – que deva recair não apenas sob legislativo, como também em diversas outras searas da sociedade. É importante mencionar, ainda, que estar inserido no contexto de Constituição como norma programática traz ao Brasil

⁶⁶ RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, p. 71-100, 2006.

⁶⁷ CARVALHO NETTO, M. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, J. (Coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 282.

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 18 out. 2020.

⁶⁹ RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia*, v. 2, n. 2, 2016.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

a possibilidade incorporar novos direitos ao texto constitucional e alçar ao patamar normativo mais alto a proteção daquele bem jurídico.

É válido frisar que poucos direitos são reconhecidos expressamente na legislação à comunidade LGBTI – como poderá ser visto adiante, também ficará evidente que eles não são aplicados de maneira homogênea pelo País. É extremamente difícil construir e efetivas normativas embasadas em direitos humanos em uma sociedade que culturalmente a eles impõem resistência⁷⁰. Em perspectivas gerais, portanto, é evidente a necessidade de proteção das minorias, principalmente da comunidade LGBTI em situação de cárcere.

Nesse contexto, ainda é preciso que se atue de forma a reconhecer as particularidades e necessidades específicas destes grupos, recomendando aos Estados que, para manter um regime de tratamento igualitário e justo das pessoas privadas de liberdade, é necessário promover diferenciações de caráter protetivo e garantidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, convém disparar crítica ao Brasil, haja vista que a elaboração de normas gerais determinando o respeito a direitos básicos da população LGBTI **por meio de Resoluções esparsas não significará a automática resolução das condições de inadequadas de cumprimento de pena**. A criação e a efetivação das normas devem superar o plano simbólico, ingressando plano político não só de eliminação da discriminação, mas também de reconhecimento de vivências individuais que superem o paradigma heteronormativo.

REFERÊNCIAS PRINCIPIOLÓGICAS E LEGISLATIVAS

Ainda, no ordenamento jurídico pátrio, **o princípio da dignidade da pessoa humana** se encontra positivado no Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, consubstanciando-se em fundamento da República Federativa do Brasil e em valor unificador dos direitos fundamentais. A dignidade não aceita gradação, todos têm igual dignidade.⁷¹

⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 42, p. 77-100, 2000.

⁷¹ MATTOS, Fernando da Silva. Direito à igualdade e à dignidade dos homossexuais no Brasil: uma análise panorâmica da jurisprudência. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/artigoMattos.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Mais uma vez, a ideia de uma dignidade que não aceita gradações é expressa no artigo 3º, em concordância com o próprio preâmbulo. Embora não haja menção à orientação sexual ou identidade de gênero, há de se entender a partir de uma interpretação extensiva, que a proteção da população LGBT está tutelada no inciso IV do artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem **de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**.

(grifo nosso)

Adiante, no artigo 5º, que consagra o direito à igualdade, mais uma vez observa-se que carece o texto constitucional de explicitar a proteção das minorias submetidas a vulnerabilidades, em especial realizar uma abordagem que contemple a diversidade sexual. Viola a dignidade da pessoa humana a manutenção, entre os juristas, de uma visão androcêntrica e homofóbica, que reforça e reproduz as inculcações realizadas no interior da família patriarcal, no sentido de impor a heterossexualidade como algo “normal” e a homossexualidade como algo “anormal”⁷². Ainda assim, é louvável que no decorrer do artigo 5º, seja possível adentrar mais especificamente na problemática da pessoa encarcerada.

A Constituição da República/88 repudia, ainda nos incisos III, XLVII e XLVIII do mesmo Art. 5º, qualquer forma de violação à dignidade da pessoa humana, violência e crueldade em decorrência da pena. Aliás, reforça inclusive, que não poderão partir do Estado penas essencialmente cruéis, e, no inciso XLI, determina que os legisladores se empenhem em punir discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos.

Novamente, ainda que não haja menção ao grupo LGBTI, compreende-se que estão aqui tutelados, já que o próprio artigo traz em seu *caput* a não distinção de qualquer natureza para os sujeitos residentes em território brasileiro. Como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

⁷² *Ibidem*.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) **cruéis;**

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Também é válido ressaltar do artigo supramencionado, um adendo particular ao que preceitua o inciso XLVIII. Ao trazer a possibilidade do cumprimento da pena em estabelecimento distinto de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, a Constituição da República/88 vislumbra garantir a integridade física e moral desse preso durante o cumprimento da pena em face de possíveis violações em razão das características elencadas. Assim, também, dispõe o Código Penal⁷³ (Decreto Lei 2.848 de 1940), em seu artigo 38, ao determinar que os regulamentos das prisões não podem, em hipótese alguma, adotar medidas que coloquem em risco os direitos não atingidos pela perda da liberdade. Isto é, que exponham a perigo a saúde do preso, ou ofendam a dignidade humana, ou expressamente a sua integridade física e moral. De modo que não seria viável, por exemplo, criar estabelecimentos penitenciários para homens e mulheres cumprirem a pena juntos, ou para apenados de alta periculosidade e apenados por delitos de menor potencial ofensivo. Desse entendimento, infere-se que a Constituição da República/88 poderia ter sido ainda mais precisa ao disciplinar tratamento diferenciado para a população LGBTI. Afirma-se isto, especialmente considerando a relevância de se separar esse grupo por alas e realizar treinamento de agentes penitenciários que vise reduzir a violência de gênero e de orientação sexual.

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Como expressão da proteção constitucional à integridade física e moral do apenado, tem-se ainda a Lei nº 9455/97⁷⁴ que dispõe sobre os crimes de tortura.

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete **pessoa presa ou sujeita a medida de segurança** a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

E, também, a Lei nº 12.847/2013, lei federal que institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – SNPCT, com o objetivo de fortalecer a prevenção e o combate à tortura, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, como prevê o artigo 1º do seu texto. Dentre outras formas, a Lei nº 12.847 /2013⁷⁵ define regras e composição para o monitoramento, a supervisão e o controle de estabelecimentos e unidades onde se encontrem pessoas privadas de liberdade. Assim como a Lei nº 9.455/97, citada anteriormente, não há expressão da proteção tortura em razão de gênero ou orientação sexual.

DIREITO DE NÃO SER SUBMETIDO AO VEXAME E AO CONSTRANGIMENTO NA PRISÃO

A sexualidade deve ser concebida como direito que decorre da própria condição humana – conforme mencionado –, que tem como supedâneo a liberdade do indivíduo de se orientar sexualmente da maneira que quiser, sem ingerência por parte do Estado. O direito à igualdade não pode ser condicionado à orientação sexual do indivíduo⁷⁶. Daí decorre o direito à não discriminação da população LGBTI – **o que não significa a**

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 9455, de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm >. Acesso em: 15 out. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112847.htm >. Acesso em: 15 out. 2020.

⁷⁶ MATTOS, Fernando da Silva. **Op. Cit.**



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

desnecessidade do tratamento especial frente a uma vulnerabilidade maior, que é fato⁷⁷.

Também como supracitado, o direito à não discriminação com status constitucional assentado no artigo 3º já é entendido pela corte suprema brasileira, o Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2003 quando houve o julgamento do HC 82.760:

Naquela ocasião [julgamento do HC 82.760], ficou assentado que o dispositivo 'visa a coibir a prática de qualquer ato libidinoso, homossexual, ou não, nas dependências militares. Com isso, a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e a disciplina castrense, e não a incriminar determinada opção sexual, até porque, se tal ocorresse, haveria inconstitucionalidade palmar por discriminação atentatória ao Art. 3º, inciso IV, da Carta Magna'⁷⁸

A igualdade é protegida, também, no artigo 8º da Resolução Conjunta n.º 01 de 15 de abril de 2014, editada pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação, bem como na Lei do Estado do Rio de Janeiro, n.º. 7.041 de 15 de julho de 2015⁷⁹, que estabelece penalidades administrativas aos estabelecimentos e agentes públicos que discriminem as pessoas por preconceito de sexo e orientação sexual prevendo inclusive a punição disciplinar do servidor público que atuar com homofobia. Outra a ser destacada é a Lei n.º. 7.309/2003⁸⁰, do estado da Paraíba, que proíbe qualquer forma de discriminação e preconceito ao cidadão com base em sua orientação sexual e identidade de gênero.

E cabe ressaltar ainda, outra iniciativa de nível estadual que se mostra um passo importante para a igualdade, a Resolução n.º. 558/2015⁸¹ da Secretária de

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82760 MG. Paciente: Paulo Eduardo Dos Santos, DPU - Ariosvaldo de Gois Costa Homem, Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Carlos Britto. Minas Gerais, 23 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744014/habeas-corpus-hc-82760-mg/inteiro-teor-103129477>> . Acesso em: 16 out. 2020.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 7041 de 15 de julho de 2015. Estabelece penalidades administrativas aos estabelecimentos e agentes públicos que discriminem as pessoas por preconceito de sexo e orientação sexual e dá outras providências.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 7309 DE 10/01/2003. Proíbe a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual e da identidade de gênero no Estado da Paraíba. (Redação da ementa dada pela Lei nº 10.909 DE 08/06/2017).

⁸¹SEAP. Resolução nº558/2015. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_seap_n_558_-_2905201.htm> . Acesso em: 15 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro que disciplina especificamente os direitos e deveres das pessoas LGBT presas. Dentre os principais direitos estão o impedimento do tratamento desigual por parte dos agentes públicos em razão da orientação sexual ou identidade de gênero⁸². Além da possibilidade de escolha por parte do preso transexual sobre qual tipo de unidade prisional deseja ser encaminhado: masculina ou feminina, juntamente com o tratamento pelo nome social e estrutura procedimental adaptada desde os formulários de identificação.

Por fim, ainda sobre o tratamento vexatório, é de mencionar a Lei de Abuso de Autoridade⁸³, a Lei nº13.869/2019, que, em seu artigo 13, considera crime constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, obrigando-o *a exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública*; ou *a submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei*. Novamente, por interpretação extensiva, isso inclui o constrangimento motivado contra presos LGBTI.

DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE, PRIVACIDADE, DIREITOS DA PERSONALIDADE E VISITA ÍNTIMA DURANTE O PERÍODO DE CUMPRIMENTO DA PENA

No que tange aos direitos atinentes à privacidade, intimidade e personalidade, um grande avanço para os direitos humanos dos presos LGBT foi a, já citada, Resolução Conjunta n.º. 01 do ano de 2014⁸⁴ que estabeleceu os parâmetros para acolhimento dessa população nos estabelecimentos prisionais e traz a previsão do nome social para apenados transexuais e travestis. Conforme segue:

Art. 2º - A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

Parágrafo único - O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa.

Além desse ponto, esta resolução, também, dispõe sobre direitos muito particulares que eram usualmente ignorados ou não abordados por legislações

⁸² NUDIVERSIS, DPRJ. Acolhimento de pessoas LGBT no cárcere. Boas práticas para convivência no Sistema Prisional.

⁸³ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

⁸⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Resolução conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

anteriores, como a visita íntima. Além de se relacionar com a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à visita íntima encontra guarida no Art. 41, inciso X da Lei de Execução Penal. Nesse sentido, também, em concordância ao que já trazia a Resolução, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, n.º. 04, de 29 de junho de 2011⁸⁵, que recomendava aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres o direito à visita íntima a pessoa presa, o Art. 6º da Resolução Conjunta nº 01/2014 reforça a previsão. Desse modo, o direito de visita íntima, é assegurado não só às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva (Art. 2º da Resolução CNPCP nº 04/2011), mas também traz o texto os termos “cônjuge ou outro parceiro ou parceira indicado” (Art. 6º), modernizando a concepção de relações afetivas do ordenamento jurídico brasileiro e reconhecendo a legitimidade desses vínculos como direitos humanos constitucionais dos presos – inclusive dos presos LGBTI.

Os artigos citados são marcados como avanço, pois vêm doze anos depois da Resolução Conjunta nº 03 de 1999 ⁸⁶, que já assegurava a visita íntima, mas sem a previsão dos apenados LGBTI. Também foram ampliadas, em face daquela resolução mais antiga, as preocupações com informações sobre saúde e tratamento de saúde nas instituições de cumprimento de pena.

A já citada Lei de Execução Penal, n.º. 7.210/84⁸⁷, veicula o direito à assistência à saúde do preso no artigo 14. Para a população LGBT, que sofre maiores violências sexuais no âmbito prisional, o caráter preventivo e curativo, em especial contra as doenças sexualmente transmissíveis deve ser acentuado. O artigo 7º da Resolução Conjunta nº01/ 2014 garante a atenção integral à saúde para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, além de destacar, em seu parágrafo único, a necessidade de se observar a manutenção do tratamento hormonal para a pessoa travesti, homem ou mulher transexual, que realize um acompanhamento de saúde específico. Parte do

⁸⁵ MPPR. Resolução cnpcp nº 4, de 29 de junho de 2011. Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais.

⁸⁶ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Resolução conjunta nº 1, de 21 de setembro de 2018.** Estabelece parâmetros para a qualificação do atendimento socioassistencial da população LGBT no Sistema Único da Assistência Social - SUAS.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

processo de transição sexual compreende o uso de roupas do gênero, o respeito ao nome social e um aparato administrativo que permita a pessoa se integrar naquela vivência sem discriminação. Falta para os agentes, para a gestão das prisões, essa sensibilidade.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A POPULAÇÃO LGBTI

A partir de teoria fixada em julgamentos anteriores, a Suprema Corte Colombiana por ocasião do julgamento do processo T-153/1998⁸⁸ aplicou a figura do estado de coisas inconstitucional como forma de tutelar as situações em que os direitos fundamentais de uma coletividade estavam sendo vulnerados, no caso, a população carcerária nas penitenciárias daquele país.

A Corte colombiana entendeu que eram necessárias medidas efetivas por parte do poder público para sanar as violações reiteradas aos direitos fundamentais dos internos, entendendo que a omissão do Estado e da sociedade em geral, constituiu elemento decisivo para a permanência das constantes violações aos direitos fundamentais a dignidade, a vida, a integridade pessoal, a saúde, bem como a outros direitos da população carcerária. Situação análoga ocorreu no Brasil, como já mencionado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, destas Observações Escritas.

Dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça colombiano, a partir de inspeções realizadas por juízes de execução penal, e captados pelo sistema Geopresídios⁸⁹, mostram que dos 2.578 estabelecimentos prisionais cadastrados, 38,8% deles são considerados ruins ou péssimos, sendo que apenas 13,3% são considerados bons ou excelentes, sendo que o restante se encontra em situação regular, quando se fala em condições e lotação dos estabelecimentos.

No Brasil a questão da precariedade do sistema carcerário foi abordada por via da ADPF 347⁹⁰, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, com vistas ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema

⁸⁸ Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 22 set. 2020.

⁸⁹ Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e28debcd-15e7-4f17-ba93-9aa3ee4d3c5d&sheet=da3c5032-89ad-48d2-8d15-54eb35561278&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acesso em 24 set. 2020.

⁹⁰ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 22 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

penitenciário brasileiro e pedindo que fossem adotadas medidas para impedir as reiteradas condutas dos poderes públicos que ocasionavam na violação dos direitos fundamentais dos presos ⁹¹, incluindo nesse rol os objetivos e fundamentos da República.

Em sua petição inicial, além da formulação do pedido de medida cautelar, o partido inclui o item denominado **“População prisional LGBT”**, no qual discorre sobre as graves violações aos direitos humanos enfrentados por esta parcela da população. Destacou que, apesar da existência da Resolução Conjunta n.º. 01 de 15 de abril de 2014⁹², prevendo uma série de medidas específicas para a tutela dos direitos da população prisional LGBTI, tais regras são constantemente violadas pelas autoridades em variados níveis de atuação, negando-se a estas pessoas os seus direitos fundamentais à dignidade, à saúde, à segurança, principalmente no que se refere ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, bem como ao respeito à sua integridade física e moral.

Em relação à medida cautelar formulada pelo PSOL, em sua petição inicial, a mesma foi parcialmente deferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão liminar de 09 de setembro de 2015, e neste sentido, foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional referente ao sistema penitenciário nacional, como consta no inteiro teor do acórdão:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa,

⁹¹ MAGALHAES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019.

⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Combate a Discriminação. Resolução Conjunta nº1 de 15 de abril de 2014. Resolve: Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, nº 74, 17 abr. 2014, seção 1.

Disponível

em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/inc_social_lgbtt/Legislacao_LG_BTT/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp.pdf>. Acesso em 22 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional.”⁹³

Em relação à população LGBTI, pouco foi dito na referida decisão, porém, cabe destacar que em seu voto, o Ministro Celso de Mello, incluindo esta população no termo geral “minorias”, destacou que cabe ao STF a função contramajoritária de proteção destas minorias e dos grupos vulneráveis, reforçando que tal atuação constitui “fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”⁹⁴.

É válido mencionar que as medidas cautelares deferidas pela abertura da ADPF nº 347 “são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil”⁹⁵, além disso, a capacidade do Supremo Tribunal Federal em mudar um estado fático de violações “por meio do Direito é posta em dúvida”⁹⁶.

Os princípios hegemônicos pelos quais se norteiam os Estados na criação e aplicação das normas impedem que se considerem as necessidades específicas de um espectro da população que não se encaixa no padrão heteronormativo. Assim, urge que sejam adotadas **políticas de diferenciação**, no que tange a criação e manutenção de espaços de cumprimento de pena específicos para pessoas LGBTI, para o respeito ao nome do apenado, seja ele social ou retificado pelas vias judiciais e cartorárias, bem como, para que sejam conferidas às pessoas transgênero o acesso ao tratamento hormonal e ao processo transexualizador, nos moldes estabelecidos pelo Sistema Único de Saúde⁹⁷.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 9 de setembro de 2015. p. 3. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312905179&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 22 set. 2020.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 164.

⁹⁵ MAGALHAES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 32.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 2.803/2013 de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, DF, nº 225, de 20 nov. 2013, seção 1. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em 24 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

A seguir passaremos a apresentar os julgamentos de cortes judiciais e administrativas sobre as demandas referentes a população LGBTI em condição de encarceramento, focando principalmente em três pontos específicos: a necessidade da existência de alas em separado nos presídios, demandas por respeito ao nome social e pela concessão de tratamentos de saúde específicos, principalmente para pessoas transexuais.

A NECESSIDADE DE ALAS SEPARADAS PARA A POPULAÇÃO LGBTI

Antes de abordar a questão das alas específicas em presídios, é preciso ressaltar que a Resolução Conjunta nº 01 de 15 de abril de 2014, que prevê o estabelecimento de parâmetros de acolhimento de pessoas LGBT em contexto de privação de liberdade, não incluiu as pessoas intersex dentre os sujeitos tutelados pela Resolução, assim, existe uma lacuna legal que coloca este grupo em semelhante status de vulnerabilidade tal qual as pessoas lésbicas, gays, transexuais e travestis experimentam em suas experiências de encarceramento.

Em junho de 2018, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGT) ajuizou ADPF⁹⁸ perante o STF, defendendo a posição de que existiria controvérsia constitucional na aplicação dos artigos 3º, parágrafos 1º e 2º, e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº 1, de 15 de abril de 2014, diante de decisões judiciais divergentes fundamentadas em tais dispositivos.

Em sua argumentação a ABGLT citou alguns julgados, dentre eles o *Habeas Corpus* nº 152491⁹⁹, no qual a paciente, travesti, estava presa em penitenciária masculina, apesar do que dispõe o citado artigo 3º da supramencionada Resolução, que garante às pessoas travestis o direito de ter locais específicos de vivência, neste caso restou decidido que, apesar da inadmissibilidade do HC em razão da via eleita, a

⁹⁸ Ação pede que STF afirme direito de transexuais de cumprir pena em presídio feminino. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=383132>>. Acesso em 25 set. 2020.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 152491. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 14 de fevereiro de 2018. p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313688214&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 24 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

paciente e outra corr e deveriam ser transferidas para unidade prisional feminina, neste sentido:

[...] concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente (...) e o corr e (...) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orienta es sexuais. [HC 152.491, rel. min. Roberto Barroso, j. 14-2-2018, dec. monocrática, DJE de 20-2-2018.]¹⁰⁰

Outro julgado citado pela ABGLT no sentido de demonstrar a controvérsia, se referia ao *Habeas Corpus* n. . 00022531720188070015¹⁰¹ do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Terr rios, que, em sede de decisão, indeferiu o pedido das pacientes, dentre elas, pessoas transexuais e travestis, para que cumprissem suas penas em presídios femininos. A magistrada fundamentou a sua decisão por entender que na citada Resolu o, não se fazia men o expressa a presídio feminino, mas tão somente a “espaços de vivências específicos”.

Em decisão liminar de 26 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, através de seu relator se manifestou no sentido de acolher parcialmente o pedido formulado na peti o inicial, reconhecendo que, em rela o às mulheres trans, seja garantido o direito de serem transferidas para presídios femininos, sem, no entanto, citar os homens trans¹⁰².

Em rela o às travestis, por ter entendido que a reda o do artigo 3  e dos parágrafos 1  e 2  não   clara com rela o ao encaminhamento destas pessoas para presídios femininos, bem como por existirem interpreta es distintas sobre este mesmo dispositivo, manifestadas ao longo do processo, decidiu que: “quanto às travestis, ainda não está demonstrada qual   a melhor providência a ser adotada, devendo-se, por isso, abrir oportunidade aos interessados para ampliar a instru o nesta matéria”¹⁰³

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diversidade**: Jurisprudência do STF e Bibliografia Temática. Brasília: STF, Secretaria de Documenta o, 2020.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Terr rios. Vara de Execu es Penais do DF. Habeas Corpus n  00022531720188070015. Relatora Juíza de Direito Leila Cury. Data do julgamento: 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 24 set. 2020.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC. Relator Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 26 de junho de 2019. p. 15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf>. Acesso em 25 set. 2020.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 15.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Em 18 de maio de 2020 foi instaurado procedimento de Ato Normativo¹⁰⁴ (n.º. 0003733-03.2020.2.00.0000), no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de estabelecer procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário, em âmbito criminal, quanto ao encarceramento de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexo.

Cabe ressaltar, antes adentrar o mérito do procedimento, que o Conselho Nacional de Justiça é uma corte administrativa, que tem como competência “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura”, como dispõe o Art. 103-B, §4º da Constituição Federal.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), assim que tomou ciência do aludido procedimento, apresentou manifestação¹⁰⁵ para ingressar no feito na qualidade de Interessada, por entender que se trata de questão de grande relevância para a entidade, no sentido de que se regulamentem diretrizes para a proteção dos direitos das pessoas LGBTI em situação de encarceramento.

A questão foi a julgamento no dia 2 de outubro de 2020 por ocasião da 74ª Sessão do Plenário Virtual do Conselho Nacional de Justiça. Em seus fundamentos o Conselheiro Mário Guerreiro lembrou o contexto de falhas no poder público em garantir condições melhores para a população carcerária, em alusão a ADPF nº 347 e, especialmente no que tange às pessoas trans e travestis, como foi tratado especificamente pela via da ADPF nº 527, conclui seu julgamento afirmando:

O objetivo, portanto, é estabelecer normas que possibilitem a efetiva atuação do Poder Judiciário na promoção do princípio da dignidade humana, de modo a reduzir a vulnerabilidade da população LGBTI submetida à perseguição penal, coibir as diversas formas de violência a que está submetida e evitar que o processo criminal ou a aplicação de

¹⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Ato Normativo nº 0003733-03.2020.2.00.0000. Despacho exarado em 18 de maio de 2020. Relator: Conselheiro Márcio Guerreiro.

¹⁰⁵ Petição da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteando o ingresso como Interessado no Procedimento de Ato Normativo nº 0003733-03.2020.2.00.0000. Disponível em: <<https://www.contabilidadenatv.com.br/2020/09/oab-pede-ingresso-em-procedimentos-no-cnj-que-vaio-regulamentar-o-atendimento-as-pessoas-com-deficiencia-e-a-populacao-lgbti/>>. Acesso em 25 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

pena represente maior marginalização e restrição de direitos.¹⁰⁶

A Resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça constitui importante passo no sentido de dirimir conflitos interpretativos suscitados em julgamentos divergentes perante o Supremo Tribunal Federal, além do que estabelece que o magistrado deve consultar a pessoa LGBTI quanto à sua escolha sobre o local de cumprimento da pena, sendo que esta escolha pode ser alterada a qualquer momento (artigo 7º).

A decisão supracitada passa a integrar um largo espectro de normativas de diversas procedências que, no vácuo de uma legislação consolidada e atualizada no que diz respeito às condições de encarceramento, principalmente das pessoas LGBTI, implica numa insegurança jurídica que pode ter efeitos deletérios sobre as demandas individuais e coletivas dos encarcerados por melhores condições.

Neste ponto, convém sublinhar que a atuação cada vez mais frequente do Conselho Nacional de Justiça, nestas e em outras demandas, evidencia que pode estar ocorrendo um deslocamento dos polos decisórios das cortes judiciais para as administrativas, situando a competência do Conselho Nacional de Justiça para além do controle da atuação administrativa e disciplinar do judiciário, aliás, esta foi uma preocupação levantada por um de seus Conselheiros em sede de julgamento da Corte¹⁰⁷.

Cabe perquirir se as manifestações da corte administrativa, ainda que dentro de sua competência de atuação, não estariam invadindo o conteúdo de matérias que deveriam ser tratadas pela via legislativa e pela via judicial, antes de serem regulamentadas. O estabelecimento de diretrizes e o controle da atuação do poder judiciário através de Provimentos, assim como não supre o vácuo legislativo e a mora do poder judiciário, também confere status de permanência a um estado de insegurança jurídica já existente, principalmente quando se trata dos direitos das pessoas em situação de encarceramento.

¹⁰⁶ Voto proferido pelo Conselheiro Mário Guerreiro, relator do Procedimento de Ato Normativo nº 0003733-03.2020.2.00.0000 na sessão do dia 2 de outubro de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/922A251DCC37E6_CNJ.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

¹⁰⁷ Conselheiro alerta para efeito sistêmico caso CNJ atue em questões jurisdicionais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-08/conselheiro-cnj-alerta-efeito-sistemico-atuacao-jurisdicional#author>>. Acesso em 17 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

RESPEITO AO NOME SOCIAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS EM SITUAÇÃO DE ENCARCERAMENTO

Existem algumas normativas referentes a adoção do nome social de pessoas travestis e transexuais perante os órgãos institucionais, tais como a Portaria n° 1.820/2009 do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁰⁸, o Decreto n.º. 8.727/2016 da Presidência da República¹⁰⁹, a Instrução Normativa n° 1.718/2017 da Receita Federal¹¹⁰, Resolução n.º. 270/2018 do CNJ¹¹¹, Resolução n.º. 306/2019 do CNJ¹¹², dentre outras normativas estaduais e municipais, determinando o respeito ao nome social de pessoas travestis e transexuais em repartições públicas.

Quando se trata do nome social da pessoa em situação de encarceramento, a Resolução Conjunta n.º. 01 de 15 de abril de 2014, em seu artigo 2º, *caput*, é expressa no sentido de que: a “pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero”¹¹³

A questão foi suscitada no contexto da ADPF n° 527 pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS) e pela Aliança Nacional LGBTI em

¹⁰⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria n° 1.820 de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n° 155, de 14 ago. 2009, seção 1, p.80. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em 29 set. 2020.

¹⁰⁹ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n° 8.727, de 28 de abril de 2016. DE 28 DE ABRIL DE 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n° 81, 29 de abr. 2016, seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em 29 set. 2020.

¹¹⁰ BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa n° 1.718 de 18 de julho de 2017. Altera a Instrução Normativa RFB n° 1.548, de 13 de fevereiro de 2015, que dispõe sobre o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). Diário Oficial da União, Brasília, DF, n° 138, 20 de jul. 2017, seção 1. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2017/Jul/20/diario-oficial-da-uniao-secao-1/instrucao-normativa-no-1-718-de-18-de-julho-de-2017-altera-a-instrucao-normativa-rfb-no-1-548-de-13-de-fevereiro-de-2015-que-dispoe-sobre-o-cadastro-de-pessoas-fisicas-CPF>>. Acesso em 29 set. 2020.

¹¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 270 de 11 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2779>>. Acesso em 29 set. 2020.

¹¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 306 de 17 de dezembro de 2019. Estabelece diretrizes e parâmetros para a emissão de documentação civil e para a identificação civil biométrica das pessoas privadas de liberdade. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3146>>. Acesso em 29 set. 2020.

¹¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Combate a Discriminação. Resolução Conjunta n°1 de 15 de abril de 2014. Resolve: Estabelecer os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n° 74, 17 abr. 2014, seção 1.

Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civil/acoes_afirmativas/inc_social_lgbtt/Legislacao_LG_BTT/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp.pdf>. Acesso em 22 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

petição¹¹⁴ conjunta requerendo o ingresso na Ação na qualidade de *amicus curiae*, neste sentido, além de denunciar a escassez de alas específicas para as pessoas LGBTI, também relata situações de desrespeito ao nome social de pessoas encarceradas.

Tal questão foi abordada novamente pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) no contexto da ADPF nº 527, em petição¹¹⁵ de ingresso como *amicus curiae*, que é posterior a decisão liminar de 26 de junho de 2019, relatando a permanência das condições de desrespeito ao nome social das pessoas encarceradas, seja por parte de agentes quanto por demais autoridades, inclusive no que tange ao registro interno das pessoas travestis e transexuais que se encontram encarceradas.

Em sua manifestação a ANADEP citou relatório¹¹⁶ produzido pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, no qual constam diversas situações nas quais os agentes e demais funcionários do sistema carcerário se negam a chamar as travestis e transexuais por seus nomes sociais, por entender que a Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014 é apenas uma orientação, e não uma norma. Além disso, os próprios sistemas internos de identificação das pessoas encarceradas são defasados no sentido de não registrar o nome social das pessoas, o que, inclusive, vai de encontro ao que dispõe as “Regras de Mandela”¹¹⁷, no sentido de que as informações adicionadas ao sistema devem ser precisas, respeitando a autoatribuição de gênero da pessoa em situação de encarceramento.

A Resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em outubro de 2020, no contexto do Procedimento nº 0003733-03.2020.2.00.0000, contém norma que reafirma o direito das pessoas autodeclaradas LGBTI de serem tratadas por seu nome

¹¹⁴ Petição do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS) e pela Aliança Nacional LGBTI requerendo o ingresso na ADPF na qualidade de *amicus curiae*. Data da petição: 07 de agosto de 2018.

¹¹⁵ Petição da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos requerendo o ingresso na ADPF 527 na qualidade de *amicus curiae*. Data da petição: 15 de setembro de 2020.

¹¹⁶ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em 29 set. 2020.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> Acesso em 29 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

social, mesmo que tenha nome diverso constante de seu registro civil e, acrescenta ainda, que a pessoa pode diligenciar pela emissão de documentos ou pela retificação do seu registro civil, nos moldes do que já foi decidido pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275.

Cabe mencionar que, em março de 2018, por ocasião da ADI nº 4.275 o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no sentido de direcionar as demandas de Retificação de Registro Civil das pessoas transgêneras para os cartórios, permitindo que as pessoas realizem a alteração de seus nomes e gênero pela via administrativa, tornando facultativa a apresentação de laudos médicos, pareceres psicológicos e laudos que atestem a realização da cirurgia de redesignação sexual.

Em seus votos no julgamento¹¹⁸ da ADI 4.275 ocorrido em 1º de março de 2018, os ministros Celso de Mello e Edson Fachin reafirmam a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana, a partir da qual se desdobram os direitos de personalidade. Mais do que isso, a pessoa por ser titular do seu direito ao nome, tem direito, por ato de vontade, de promover a retificação do seu registro, pois resta incontroverso o seu direito de se autodeterminar quanto à sua identidade.

Apesar do posicionamento manifestado pelo STF, no sentido de conferir maior autonomia aos processos de autogestão das identidades das pessoas transgêneras, via ADI 4.275, pela facilitação da via da retificação do registro civil dos nomes, o mesmo não se observa em relação ao nome social das pessoas LGBTI em situação de encarceramento. Ao nome social não se confere o mesmo respeito que ao nome registral e isso se manifesta em constrangimentos diários por parte de pessoas encarceradas, por serem tratadas por nomes que não correspondem à sua identidade.

Outra questão observada é que as pessoas LGBTI encarceradas não têm suas identidades respeitadas sequer nas instâncias judiciais criminais, sendo frequentes em demandas promovidas perante os tribunais estaduais¹¹⁹, que os órgãos da justiça se recusem a tratar as pessoas pelo gênero com as quais se identificam e também não

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 1º de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>> Acesso em 29 set. 2020.

¹¹⁹ Exemplos: HC 0010813-57.2018.8.19.0000 TJRJ; RHC 114.722 STJ; HC 0027978-04.2018.8.16.0000 TJPR; HC 4013863-82.2018.8.24.0000.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

façam constar nas peças processuais o nome social da pessoa, mas apenas o seu nome de “batismo”, o que viola um dos mais relevantes direitos de personalidade constantes do Código Civil: o direito ao nome, aliás, neste sentido dispõem os artigos 16 e 17 da citada codificação¹²⁰.

Em meio ao fluxo de legislações e julgamentos acima descritos, fica claro que o assento em pressupostos hegemônicos e regras gerais de comportamento mantidos pelos poderes jurídicos e administrativos, não são suficientes para gerir a casuística que se coloca quando se trata de pessoas LGBTI que buscam a tutela judicial para as suas demandas pelo reconhecimento de suas identidades.

Neste sentido para que se atinja o fim último de proteção ao direito à igualdade e não discriminação, tal qual se espera e projeta, principalmente considerando os Princípios de Yogyakarta, é que se faz necessário aceitar que existem diferentes experiências, identidades e performances de gênero, para que, desta forma sejam detectados os problemas e as lacunas, e, ao fim as pessoas que se encontram neste devir possam ser reconhecidas e erigidas a cidadania plena, inclusive, perante o sistema carcerário, que constitui uma lente de aumento quando se trata de revelar as desigualdades sistêmicas que assolam a sociedade como um todo.

O ACESSO À SAÚDE

A Constituição da República/88 estabelece dentre os seus direitos e garantias fundamentais o direito social à saúde, em seu artigo 6º, bem como, em seu artigo 196 estabelece - expressamente - que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que, por sua vez deve garantir o acesso universal e igualitário de todos a “ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹²¹

O que se observa na realidade é que o acesso à saúde para as pessoas LGBTI encarceradas é precário e falho, assim como para os demais presos, apesar de existirem diversas normativas prevendo a cobertura de saúde especificamente para a população carcerária tais como: a Lei de Execuções Penais (lei 7.210/84), a Resolução nº 7, de 14 de abril de 2003 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a Portaria

¹²⁰ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 1º out. 2020.

¹²¹ BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 5 out.. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Interministerial n.º 1.777, de 9 de setembro de 2003, a Portaria n.º 2.836, de 1º de dezembro de 2011, a Portaria n.º 2.803 de 19 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde, a Portaria interministerial n.º 1, de 2 de janeiro de 2014, a Resolução Conjunta n.º 1 de 15 de abril de 2014, dentre diversas outras.

A Câmara de Deputados do Brasil publicou relatório¹²² resultado da investigação sobre o Sistema Carcerário Brasileiro, que constatou que a assistência médica é precária nos presídios brasileiros. Tal precariedade, segundo o relatório, revela-se, principalmente, pela falta de acesso dos presos a equipes médicas, a medicamentos, a assistência odontológica e a assistência psicológica, nos termos estabelecidos pelas diversas normativas pré-existentes.

Em relação às pessoas LGBTI em situação de encarceramento, a questão se agrava, pois, além de não disporem de áreas seguras para cumprirem suas penas, o que lhes aumenta o risco de violências dentro das unidades carcerárias, também não dispõem da atenção em saúde que necessitam, principalmente, quando se trata das pessoas transgêneras.

O acompanhamento médico e psicológico é primordial para as pessoas trans e travestis, que, na vivência de sua experiência de gênero e de conformação de suas identidades, precisam se submeter a tratamentos hormonais, acompanhamento psicológico e intervenções médicas, com a finalidade de harmonizar seu estado corporal ao gênero ao qual se identifica.

Dispõe a Portaria n.º 2.803/2013 do Ministério da Saúde, que redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS), que as diretrizes de assistência ao usuário se assentam: na integralidade da atenção às pessoas transexuais e travestis, no trabalho de equipe multiprofissional e na integração com outros serviços prestados pela atenção básica de saúde:

[...] incluindo-se acolhimento e humanização do atendimento livre de discriminação, por meio da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários e usuárias da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana, em todos os níveis de atenção.¹²³

¹²² BRASIL Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

¹²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria n.º 2.803/2013 de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

A supracitada Resolução Conjunta nº 1 de 15 de abril de 2014, também, prevê que é garantida a assistência integral em saúde para as pessoas LGBTI em situação de encarceramento, bem como, que serão garantidos os tratamentos hormonais e acompanhamentos específicos para as pessoas travestis e transexuais.

No entanto, apesar da existência de uma multiplicidade de normativas neste sentido, a atenção à saúde das pessoas LGBTI em situação de encarceramento é marcada pela precariedade, inclusive, na petição inicial da ADPF 527, de junho de 2018, na qual é suscitado o problema da alocação de pessoas trans e travestis em estabelecimentos penitenciários inadequados para a sua identidade de gênero, o direito à saúde emerge como um preceito fundamental violado.

Em sua petição de ingresso como *amicus curiae* na ADPF 527, de agosto de 2018, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero e a Aliança Nacional LGBTI lançam mão de relatos que chocam, não somente por narrarem as várias formas de violência experienciadas pelas pessoas LGBTI no cárcere, mas também por demonstrarem que nem o mínimo no que tange à saúde das pessoas encarceradas vem sendo realizando, sendo que a morte por doenças dentro do cárcere é algo banalizado, pela falta de assistência médica e farmacológica adequadas.

Em relatório¹²⁴ produzido pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, publicado em 2020, são múltiplos os relatos de falta de acesso a hormonioterapia, a cirurgias específicas, inclusive para o tratamento de lesões ocorridas dentro dos presídios, além da falta de preservativos e de tratamentos específico para diversas doenças que assolam a população carcerária.

A partir do julgamento do Procedimento nº 0003733-03.2020.2.00.0000 no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, foi editada Resolução sobre diretrizes de tratamento às pessoas LGBTI em situação de encarceramento, no que tange a saúde desta população. Ali, foram estabelecidas diretrizes a serem seguidas pelos juízes da

da União, Brasília, DF, nº 225, de 20 nov. 2013, seção 1. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em 24 set. 2020.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT. LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em 29 set. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

execução penal, dentre as quais: a “observância aos parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de LGBT e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP)”¹²⁵, o direito ao tratamento hormonal e ao acompanhamento de saúde específico, o acesso a exames e a monitoração de doenças, a garantia de atendimento multidisciplinar, o acesso a preservativos e o direito ao sigilo de seus prontuários médicos.

Apesar do grande volume de atos normativos e de sua distribuição e projeção ao longo do tempo, ainda não foi possível detectar uma mudança substancial na atenção a saúde das pessoas LGBTI em situação de encarceramento, trata-se de uma “ausência generalizada enquanto presença política”¹²⁶ de medidas institucionais que confirmam efetiva tutela aos direitos e princípios básicos aos quais não apenas a população cisgênera faz jus, mas também todas aquelas pessoas que se situam fora da matriz heterossexual.

A área da saúde, mais do que uma instância formada por leis e atos normativos, também se revela como uma instância de negociação da identidade das pessoas LGBTI, pois perpassa por elementos paradigmáticos de comportamento moral, pela incidência da heteronormatividade sobre as atitudes e comportamentos das vivências marginais, principalmente em relação aos desejos e manifestações sexuais, relegando aos sujeitos experiências de encarceramento que mais do que controlar e vigiar, também submete as identidades a um esquema de regulação que nunca as reconhece enquanto diferentes, mas tão somente como anormais.

A produção e o acúmulo de atos normativos, manifestações, relatórios, investigações e julgamentos, cujos conteúdos se repetem ao longo do tempo, que constatarem sempre as mesmas ausências e lacunas, e que demandam sempre as mesmas atitudes das instituições estatais, evidenciam que faltam medidas no sentido da efetiva conscientização dos agentes públicos - sejam eles juízes das varas de execução criminal, delegados, agentes penitenciários, policiais, agentes de saúde ou outras

¹²⁵ Voto proferido pelo Conselheiro Mário Guerreiro, relator do Procedimento de Ato Normativo nº 0003733-03.2020.2.00.0000 na sessão do dia 2 de outubro de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/10/922A251DCC37E6_CNJ.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

¹²⁶ VERGUEIRO, Viviane. Reflexões autoetnográficas trans* sobre saúde: invisibilizações e marginalizações sistêmicas, e resistências à patologização e normatização das diversidades de gênero. In: GEISLER, Adriana Ribeiro (Org.). Protagonismo trans*: política, direito e saúde na perspectiva da integralidade. Niterói: Alternativa, 2015. p. 107-133.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

especialidades - sobre a existência e a necessidade de respeito às diferentes identidades de gênero presentes na sociedade.

A admissão de um Estado de Coisas Inconstitucional não pode se restringir a denunciar vulnerabilidades, faltas e insensibilidades com vistas a mera subjetivação de um ideal normativo, a linguagem dos direitos humanos, agora direcionada ao reconhecimento e especificação dos sujeitos, como diz Adriana Vianna: “implicaria também o delineamento das distinções, diferenças e desigualdades que atravessam coletividades, recursos e dinâmicas de poder”¹²⁷.

As opressões que recaem sobre as pessoas LGBTI em situação de encarceramento só poderão começar a ser combatidas, efetivamente, pelo reconhecimento das diferentes dinâmicas de poder que acionam as vulnerabilidades de cada um dos grupos afetados e, a partir disso será possível desenvolver formas de nos “relacionar na igualdade” e de construir “novos modelos de convivência com a diferença”, como observou Audre Lorde¹²⁸ quando trata das diferentes opressões que atingem as diferentes mulheres e as formas de combatê-las.

¹²⁷ VIANNA, Adriana. Introdução: fazendo e desfazendo inquietudes no mundo dos direitos. In: VIANNA, Adriana (org.). **O fazer e o desfazer dos direitos: experiências etnográficas sobre política, administração e moralidades**. Rio de Janeiro: E-papers, 2013, p. 15-35.

¹²⁸ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. (Org.). **Pensamento feminista: conceitos fundamentais**. 3ª reimp. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019, p. 239-249.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

V| ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS INDÍGENAS

A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), órgão das Nações Unidas, estima que há cerca de 45 milhões de indígenas na América Latina, destes, 900 mil vivem em território brasileiro. O estudo aponta, ainda, que o Brasil tem o maior número de comunidades indígenas (305), estando muitas delas (70 agrupamentos) em perigo de desaparecimento físico ou cultural¹²⁹. Neste contexto, a aplicação da lei penal aos indivíduos autóctones merece, em razão da proteção às identidades culturais desses povos, cuidado especial e diferenciado. O objetivo fundamental deste estudo é, portanto, apresentar as singularidades que devem permear a construção e a aplicação do Direito Penal, nas hipóteses em que as pessoas indígenas sejam investigadas ou acusadas de ilícitos penais.

O presente estudo se inicia com a apresentação geral das normas que regem o direito indigenista no Brasil, com o propósito de contextualizar o fenômeno da prisão do índio sob a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico. Na sequência, busca-se expor, de forma sintetizada, o contexto normativo específico que rege a privação de liberdade dos cidadãos indígenas. São apresentados, assim, os dispositivos da Constituição Federal/88, passando pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, as leis e, por fim, a Resolução nº 287, de 2019, editada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Na sequência, a exposição prossegue com algumas considerações sobre a atuação do Ministério Público na proteção dos indígenas privados de liberdade. Não se ignora a existência de outras instituições, na organização do Estado Brasileiro, que exercem atribuições relevantes na tutela dos direitos humanos dos indivíduos encarcerados. Contudo, a opção por abordar, especificamente, a função do Ministério Público na promoção e na proteção dos índios presos decorre da posição destacada que a instituição ostenta dentro da estrutura constitucional brasileira. Identificado por parte

¹²⁹ NAÇÕES UNIDAS. COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. **Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decênio y retos pendientes para la garantía de sus derechos.** Santiago, Chile: nov. 2014. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783_es.pdf>. Acesso em 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

da doutrina como o *ombudsman*¹³⁰, o *Parquet* detém a titularidade da ação penal pública e possui funções especificamente destinadas ao controle da atividade policial e à fiscalização da execução da pena. Além disso, a Constituição/88 lhe atribuiu a missão específica de zelar pelos direitos difusos e coletivos e defender os direitos e interesses das populações indígenas.

Por fim, o último capítulo é dedicado ao exame crítico da aplicação, pelos tribunais brasileiros, do arcabouço normativo que disciplina a privação de liberdade dos povos indígenas no Brasil. Por meio da análise da jurisprudência recente dos tribunais superiores e das cortes estaduais e regionais federais, pretende-se demonstrar a forma como o Poder Judiciário Brasileiro lida com o tratamento diferenciado que a legislação dispensa ao indígena e quais são os reflexos do paradigma assimilacionista que ainda é recorrente na jurisprudência criminal das cortes brasileiras.

BREVE HISTÓRICO ACERCA DA CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO INDIGENISTA NO BRASIL

A Bula *Sublimis Deus*¹³¹, editada em 1537, é considerada, entre nós, como sendo o primeiro instrumento jurídico de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas em território brasileiro. O documento proibia a escravização dos índios, mas, sua aplicação foi exígua, tendo sido revogado em menos de um ano após a sua edição.

Superado o viés catequizante do Brasil colonial e os anos turbulentos da República Velha, foi com a Constituição brasileira de 1934 que os índios lograram obter, pela primeira vez, a positivação do direito à posse de suas terras¹³². Desde então, todas as Constituições brasileiras passaram a assegurar aos povos indígenas a posse sobre as terras por eles habitadas¹³³.

¹³⁰ VALDES, Daisy de Asper y. **Definindo o contexto – O papel de “Ombudsman” do Ministério Público da União**. In: Revista de informação legislativa, v. 30, n. 117, p. 155-172, jan./mar. 1993. Brasília: jan./mar. 1993. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176103>>. Acesso em 26 out. 2020.

¹³¹ A versão original da Bula Papal, em latim, está disponível no seguinte endereço eletrônico: < <https://www.wdl.org/pt/item/2965/>>. Acesso em 20 out. 2020.

¹³² O artigo 129 da Constituição Brasileira de 1934 possuía o seguinte teor: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

¹³³ Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1988.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

No plano infraconstitucional, destaca-se, inicialmente, a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), pela lei 5.371/1967¹³⁴, órgão que, até os dias atuais, é incumbido de promover a política indigenista no Brasil. Na sequência, foi sancionada, em 1973, a lei nº 6.001/1973¹³⁵, que instituiu o Estatuto do Índio, diploma legislativo ainda em vigor.

É importante pontuar que, até então, o direito indigenista brasileiro era orientado pelo paradigma integracionista, ou seja, objetivava a assimilação cultural do índio à sociedade circundante. Neste viés, os povos tradicionais de origem pré-colombiana eram objeto de tutela pelo Estado, que deveria zelar pelos seus direitos básicos, enquanto progressivamente eram inseridos à “comunhão nacional”.

Com a promulgação da atual Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o princípio integracionista é substituído por uma visão mais plural. Inspirada por um viés multicultural do Direito, a Carta Democrática de 1988 dedica um capítulo específico aos índios e assegura o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A Constituição/88 também assegurou aos índios e às comunidades indígenas capacidade e legitimidade processual autônoma para postular em juízo os seus direitos e interesses, observada a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. Ainda no que tange aos aspectos processuais, a Constituição/88 definiu a competência da Justiça Federal para processar e julgar “a disputa sobre direitos indígenas” (artigo 109, inciso XI).

A partir da nova ordem constitucional/88, o sistema jurídico brasileiro passou a incorporar o índio como verdadeiro sujeito de direitos e não mais como mero objeto de tutela. A proteção à identidade cultural indígena passa a ser compreendida como expressão autêntica dos direitos fundamentais à liberdade, à dignidade e, reflexamente, à própria vida do indivíduo. Com o advento desse Estado pluriétnico¹³⁶, tornou-se

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 5371, de 5 dez. 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio e dá outras providências”. Brasília: 5 dez. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15371.htm>. Acesso em 21 out. 2020.

¹³⁵ BRASIL. Lei nº 6.001. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm>. Acesso em 22 out. 2020.

¹³⁶ Para aprofundamento a respeito da concepção pluriétnica de estado adotada pela Constituição de 1988, sugere-se a leitura do artigo escrito pela jurista e ex Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão,



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

imperiosa a edição de novas normas jurídicas e a reinterpretção do arcabouço infraconstitucional vigente, com o propósito de concretizar os direitos fundamentais prescritos na Carta Maior.¹³⁷

Isto posto, em 19 de abril de 2004, o Estado Brasileiro promulgou a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais¹³⁸, tratado que substituiu a Convenção nº 107/54¹³⁹, da mesma organização internacional, sepultando, definitivamente, o paradigma do integracionismo.

Na sequência, em setembro de 2007, foi aprovada, pela Assembleia Geral da ONU, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹⁴⁰, instrumento que contou com o voto positivo do Brasil. Seguindo este caminho, em 2016, foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos a Declaração Americana Sobre os Povos Indígenas¹⁴¹, que também contou com voto favorável da delegação brasileira.

Como dito, o arcabouço normativo que se seguiu à Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma sobre o direito indigenista no Brasil, impondo uma releitura sobre as normas jurídicas em vigor. Assim, os dispositivos do Estatuto do Índio que aludem à integração e ao aculturamento devem ser considerados como não recepcionados pela Constituição/88. Além disso, é necessário proceder ao controle de convencionalidade, a fim de verificar a compatibilidade do Estatuto com a Convenção

Deborah Duprat: “O estado pluriétnico: além da tutela: bases para uma política indigenista”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83418>.

¹³⁷ Dispõe o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹³⁸ BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 nov. 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. Brasília: 5 nov. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5>. Acesso em 21 out. 2020.

¹³⁹ BRASIL. Decreto nº 58.824, de 14 jul. 1966. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Brasília: 14 jul. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58824.html>. Acesso em 21 out. 2020.

¹⁴⁰ NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: 13 set. 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em 21 out. 2020.

¹⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Santo Domingo, República Dominicana: 15 jun. 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em 22 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

nº 169 da OIT, instrumento que possui hierarquia supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se trata de tratado internacional de direitos humanos.¹⁴²

Em linhas gerais, este é o quadro normativo no tocante aos direitos dos povos indígenas no Brasil. Não se ignora, ainda, que o direito indigenista é composto, também, por atos infralegais¹⁴³, versando sobre direitos dos índios nos mais variados temas. Não obstante, a apresentação do vasto quadro normativo infralegal foge do escopo do presente estudo, visto que não apresenta reflexo direto sobre o encarceramento das pessoas indígenas.

A PRISÃO DO ÍNDIO SOB A PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O processo penal brasileiro se desenvolve sob inspiração das regras e princípios estabelecidos na Constituição da República/88¹⁴⁴ e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – acentuadamente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Não se ignora, ainda, a importância de instrumentos como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (como as já mencionadas “Regras de Nelson Mandela”)¹⁴⁵ e os Princípios e Boas Práticas Para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁴⁶.

¹⁴² A tese da supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 foi consolidada no Supremo Tribunal Federal com o julgamento do HC nº 90.172/SP, julgado em 3 dez. 2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em 20 out. 2020.

¹⁴³ Para mais informações sobre atos infralegais a respeito dos povos indígenas, conferir: < <http://www.funai.gov.br/index.php/servicos/legislacao#:~:text=Esta%20se%C3%A7%C3%A3o%20tem%20como%20prop%C3%B3sito,indigenista%20adotada%20pelo%20Estado%20brasileiro.>> Acesso em 24 out. 2020.

¹⁴⁴ Sem prejuízo de outros direitos consagrados ao longo do texto constitucional, o artigo 5º estabelece um extenso catálogo de direitos e garantias penais e processuais penais, entre os seus incisos XXXVIII a LXVIII.

¹⁴⁵ NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 70/175 da Assembleia Geral. Nova Iorque: 17 dez. 2015. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em 22 out. 2020.

¹⁴⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, aprovado pela CIDH mediante a Resolução 1/08 em seu 131º Período Ordinário de Sessões, realizado de 3 a 14 mar. 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosPPL.pdf>. Acesso em 22 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Em âmbito legislativo, o Código de Processo Penal¹⁴⁷ (CPP) e a Lei de Execução Penal¹⁴⁸ (LEP) – também outrora mencionados - condensam as normas gerais¹⁴⁹ de direito processual penal. Vale dizer que o diploma processual, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, sofreu inúmeras alterações desde a sua edição e guarda pouca semelhança com o texto original decretado pelo Presidente Getúlio Vargas). Parte significativa do texto remanescente do Código original tem sido constantemente submetida ao crivo do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, em caráter concentrado e difuso¹⁵⁰.

Especificamente no que tange à prisão preventiva, o instituto é disciplinado pelos artigos 311 a 316 do CPP, sendo que a redação dos dispositivos legais foi completamente alterada pela lei nº 13.964/2019, diploma legislativo que reformulou boa parte da legislação penal e processual penal brasileira¹⁵¹. Há, ainda, a figura da prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960/1989, possível de ser decretada, excepcionalmente, quando imprescindível para a investigação policial.

A execução das penas, por sua vez, obedece aos parâmetros delineados pela Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal) - novamente mencionada - diploma que também sofreu alterações após o advento da Constituição Democrática. Deste diploma legislativo, é importante sublinhar o artigo 3º: “*Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.*” Com efeito, em que pese a literalidade do parágrafo único, não há óbice para que, considerando as particularidades dos indígenas ou de outro grupo específico, sejam

¹⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: 3 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 22 out. 2020.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 jul. 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: 11 jul. 1984.

¹⁴⁹ Estas duas leis contêm normas gerais de processo penal. No entanto, há normas processuais específicas em diversas leis especiais, como o Estatuto do Índio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 9.13/98 (Lei de Lavagem de Capitais), Lei nº 12850/13 (Lei de Organizações Criminosas), dentre outras.

¹⁵⁰ A esse respeito, conferir a Coletânea Temática de Jurisprudência, obra produzida e atualizada periodicamente pelo Supremo Tribunal Federal: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/DirPenal_ProcPenal.pdf>. Acesso em 24 out. 2020.

¹⁵¹ Embora conhecida como “Lei Anticrime”, a Lei nº 13.964/2019 foi responsável pela adequação de diversos dispositivos do Código de Processo Penal ao ideário garantista propugnado pelos Direitos Humanos. A esse respeito, recomenda-se a leitura do artigo “Lei Anticrime: Uma leitura Possível a partir do garantismo jurídico-penal.”, disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/440#:~:text=A%20E%2080%9CLei%20Anticrime%20E%2080%9D%20pode,dorsal%20do%20processo%20penal%20brasileiro.>> Acesso em 22 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

estabelecidas distinções razoáveis, considerando-se o direito à diferença e as múltiplas facetas do direito à igualdade.

Com relação ao direito material, a parte geral do Código Penal Brasileiro¹⁵² condensa as normas referentes à aplicação da lei penal, bem como à teoria do crime e à teoria da pena. A parte especial, por sua vez, tipifica condutas e prescreve penas, sem prejuízo de outros tipos penais previstos em legislação extravagante. Neste aspecto, cumpre ressaltar que a Parte Geral do Código Penal de 1940 foi inteiramente revogada pela Lei nº 7.209/1984, que deu nova redação aos artigos 1º a 120 do Código. Destarte, a nova Parte Geral, hoje vigente, foi elaborada com um viés epistemológico que destoa daquele que inspirou o Código de 1940, abrandando o rigor punitivista até então vigente¹⁵³. A isto acresçam-se as modificações introduzidas posteriormente pela Lei nº 9.714, de 1998, que ampliou o rol de penas alternativas à prisão.

No afã de construir um sistema de justiça penal menos estigmatizante e punitivista, foram introduzidos instrumentos de justiça negocial, inicialmente, pela Lei nº 9.099/95¹⁵⁴, que previu os institutos da composição dos danos¹⁵⁵, da transação penal¹⁵⁶ e da suspensão condicional do processo¹⁵⁷. Recentemente, a Lei nº 13.964/2019 ampliou a possibilidade de resolução extrajudicial das lides penais, ao introduzir no sistema processual brasileiro o acordo de não persecução penal.¹⁵⁸ Por derradeiro, em 2016, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225/16, estabelecendo parâmetros para a construção da Justiça Restaurativa no Brasil¹⁵⁹.

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 21 out. 2020.

¹⁵³ A nova perspectiva é bastante evidente se analisarmos as considerações do então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, na Exposição de Motivos da Lei nº 7.209/1984, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>>

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 set. 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 22 out. 2020. Acesso em 21 out. 2020.

¹⁵⁵ Artigos 72 a 75.

¹⁵⁶ Artigo 76.

¹⁵⁷ Artigo 89.

¹⁵⁸ Artigo 28-A do Código de Processo Penal.

¹⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº225. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: 31 mai. 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em 27 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Relativamente à privação de liberdade dos indígenas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 287/2019¹⁶⁰, estabelecendo procedimentos para o tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade e fornecendo diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Na mesma ocasião, o Conselho Nacional de Justiça apresentou um manual com orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da resolução.

A resolução mencionada representa um marco no direito indigenista brasileiro, pois a aplicação da lei penal aos indígenas apresenta peculiaridades que impõe tratamento singular e diferenciado com relação aos demais membros da sociedade civil. Sobretudo, no caso de índios que vivem em meio rural e possuem modo de vida mais tradicional, o afastamento do indivíduo de sua comunidade pode ter impactos sobre toda a estrutura social, religiosa e laboral da coletividade. Ademais, há comunidades indígenas com sistemas jurídicos próprios, inclusive com imposição de sanções por atos que, no Direito penal positivado, são capitulados como infrações penais.

Sem prejuízo das garantias penais e processuais asseguradas a todos os indivíduos, a norma em questão instituiu garantias específicas dos indígenas submetidos à justiça criminal. Dentre tais garantias, destacam-se as seguintes:

- a) Direito a ser assistido por intérprete em todas as etapas do processo (art. 5º);
- b) Aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena (art. 7º);
- c) Respeito aos costumes e tradições, no caso de serem aplicadas medidas cautelares (art. 8º);
- d) Respeito aos costumes e tradições na aplicação de penas restritivas de direitos (art. 9º, I);
- e) Conversão da pena de multa em prestação de serviços à comunidade (art. 9º, II);
- f) Cumprimento preferencial da prestação de serviços à comunidade no âmbito da comunidade indígena (art. 9º, III)
- g) Aplicação do regime especial de semiliberdade (art. 56 do Estatuto do Índio) nas hipóteses de condenação à pena privativa de liberdade (art. 10);
- h) Adaptação das condições de cumprimento de pena privativa de liberdade às peculiaridades culturais indígenas no tocante a visitas sociais,

¹⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 287/2019. 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. Brasília: 25 jun. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Acesso em 22 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

alimentação, assistência à saúde, assistência religiosa, acesso ao trabalho e educação (art. 14).

No tocante à situação carcerária dos indígenas no Brasil, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹⁶¹, sistema gerenciado pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão integrante da estrutura do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, no ano de 2019 havia 1.296 indígenas encarcerados. De acordo com o último recenseamento geral realizado no Brasil, em 2010, a população indígena no país correspondia a 817.962 pessoas. Assim, desconsiderando a possível defasagem no número total de índios, cujos dados oficiais remontam à década passada, o percentual de indígenas presos corresponde a 0,15% do conjunto de toda a população indígena do Brasil. O número é substancialmente inferior ao percentual total de pessoas encarceradas no Brasil, que corresponde a 0,36% da população brasileira, conforme dados de 2019 dos órgãos supramencionados.

Não obstante, os mesmos dados estatísticos informam que, em todo o Brasil, existem apenas 156 alas ou celas destinadas exclusivamente para indígenas. Assim, de todos os indígenas presos, infere-se que apenas 12% dessa população está custodiada em cárceres destinados apenas para tais pessoas. Além disso, das 1.413 unidades prisionais existentes no Brasil em 2019, apenas 11 contam com alas ou celas destinadas exclusivamente para indígenas.

Saliente-se que o critério utilizado pelo Brasil para a definição de indígena coincide com o previsto na Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ou seja, a autoidentificação. Nos termos do artigo 3º do Estatuto do Índio, “índio ou silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.” Em que pese o Estatuto ter combinado os critérios da autoidentificação com o da heteroidentificação pela comunidade, a

¹⁶¹ O INFOPEN é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema sintetiza, desde 2004, informações detalhadas sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Os dados estão disponíveis em: <<https://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 20 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Resolução nº 287/2019, filiando-se à normativa internacional, prescreveu unicamente o primeiro critério, eis que mais condizente com o direito à autodeterminação¹⁶².

No que se refere à repercussão do encarceramento indígena no âmbito comunitário e à preservação da identidade cultural das pessoas indígenas presas, é possível constatar que a Resolução nº 287/2019 do CNJ se ocupou com tais questões. Com efeito, a autoridade judicial, por ocasião da audiência de custódia, deverá cientificar, à pessoa trazida a juízo, sobre a possibilidade de autoidentificação como indígena. Na sequência, o juiz indagará sobre etnia, língua falada, grau de conhecimento da língua portuguesa e encaminhará cópia dos autos à FUNAI em até 48 horas. A norma dispõe, ainda, que a identificação da pessoa como indígena deverá constar no registro de todos os atos processuais.

É assegurada, também, a presença de intérprete, preferencialmente membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo. Ressalta-se que, conforme disposto no manual de procedimentos do Conselho Nacional de Justiça¹⁶³, ainda que o indígena demonstre conhecer a língua portuguesa, pode ser necessário designar intérprete, pois o domínio do idioma pode ser superficial e não suficiente para que o indivíduo exerça em plenitude o seu direito de defesa.

Outro instrumento de grande importância previsto na Resolução nº 287/2019 é a autorização expressa para que o juiz adote ou homologue práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena, mediante consulta prévia. Esta previsão vem ao encontro do disposto no artigo 57 do Estatuto do Índio, que dispõe que “*Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.*” A normativa está de acordo também com o artigo 231 da Constituição Federal e com o direito internacional dos direitos humanos.

¹⁶² Art. 3º O reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia.

¹⁶³ O manual contém diretrizes para a aplicação da Resolução nº287/2019 e está disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>>. Acesso em 24 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Importa observar que a prisão antes da sentença é sempre excepcional no sistema processual penal brasileiro. No âmbito da prisão preventiva¹⁶⁴, o Código de Processo Penal estabelece diversos pressupostos e requisitos para a custódia cautelar, prescrevendo expressamente que a segregação somente será decretada em caso de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Além disso, o diploma legal dispõe que a medida não pode ser utilizada como antecipação de pena.

Se a custódia cautelar é excepcional para os acusados em geral, no tocante aos índios, a prisão antes da sentença é ainda mais excepcional, diante do impacto que o afastamento do indígena pode provocar no seio de sua comunidade. Por isso, prioriza-se a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Neste aspecto, o artigo 8º da Resolução nº 287/2019 estabelece que qualquer medida cautelar alternativa à prisão deverá ser compatibilizada com os costumes, o local de residência e as tradições da pessoa indígena.

No tocante à prisão-pena, os mecanismos próprios da comunidade indígena podem ser inaplicáveis em determinados processos. Isto pode ocorrer na hipótese em que o laudo pericial antropológico concluir que o direito penal de determinada comunidade é frontalmente contrário à Constituição da República/88 e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Neste caso, sem desconsiderar os aspectos culturais, sociais e econômicos e as conclusões da perícia, o juiz deverá adotar uma das seguintes alternativas, previstas no artigo 9º da Resolução nº 287/2019:

- I- Aplicar penas restritivas de direitos adaptadas às condições e prazos compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena;
- II- Considerar a conversão da multa pecuniária em prestação de serviços à comunidade, nos termos previstos em lei; e
- III- Determinar o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, sempre que possível e mediante consulta prévia, em comunidade indígena

Não havendo condições para a aplicação do direito penal indígena ou do direito penal comum na forma de penas não privativas de liberdade, deverá o juiz aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade, o regime especial de semiliberdade, previsto no artigo 56 do Estatuto do Índio. Neste caso, a sanção será

¹⁶⁴ A prisão preventiva é disciplinada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal Brasileiro, que sofreu inúmeras modificações com a edição da Lei nº13964/2019.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

cumprida no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

A Resolução nº 287/2019, prosseguindo, estabelece que, nas hipóteses em que for adequada a prisão domiciliar, deverá ser considerado como domicílio do índio o território ou circunscrição geográfica de comunidade indígena, quando compatível e mediante consulta prévia.

Dispensa-se tratamento especial às mulheres indígenas, que devem cumprir prisão domiciliar na comunidade, em se tratando de gestantes, lactantes ou responsáveis por crianças ou pessoa com deficiência. O acompanhamento da execução de mulheres indígenas que forem beneficiadas com progressão de regime, por sua vez, deve ser efetuado junto à comunidade.

No que concerne à atenção médica nas prisões, o artigo 14 da Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, concretizando o direito fundamental à saúde, determina que seja garantida à pessoa indígena “assistência material, à saúde, social e religiosa, prestada conforme sua especificidade cultural.” A norma prescreve, ainda, que a assistência à saúde deverá observar os parâmetros nacionais da política para atenção à saúde dos povos indígenas.

Assim, cotejando-se o regulamento do Conselho Nacional de Justiça com o direito constitucional à integridade cultural, bem como as normas constantes da Convenção nº 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que há substrato normativo para que as práticas medicinais e a medicina tradicional das pessoas indígenas sejam consideradas na assistência à saúde dentro dos presídios.

A respeito das atividades e programas desenvolvidos no âmbito carcerário, a Resolução nº 287/2019, do Conselho Nacional de Justiça, também atende às determinações da Convenção nº 169 e às recomendações da Declaração Universal e da Declaração Interamericana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Destarte, a Resolução estabelece que o Estado deverá prover aos indígenas encarcerados assistência religiosa, trabalho, educação e remição de pena pela leitura, observados, sempre, o respeito à cultura, ao idioma e aos costumes indígenas.

Com relação ao contato com o mundo exterior, o artigo 14 da Resolução prevê que nos estabelecimentos penais onde houver pessoas indígenas privadas de liberdade,



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

deverá ser assegurada a realização de visitas sociais, considerando-se as formas de parentesco reconhecidas pela etnia, além de visitas em dias diferenciados, de acordo os costumes indígenas e o respeito à cultura dos visitantes.

Em síntese, este é o panorama normativo vigente no Estado Brasileiro no tocante aos indígenas privados de liberdade. Cumpre salientar que, embora a Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça não possua o condão de inovar no ordenamento jurídico, prestando-se, apenas, a regulamentar dispositivos da Constituição, do Estatuto do Índio e da normativa internacional, trata-se de importante instrumento de efetivação dos direitos dos povos indígenas pelo Poder Judiciário e pela Administração Penitenciária.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS INDÍGENAS PRIVADOS DE LIBERDADE

A Constituição da República de 1988 alçou o Ministério Público à categoria ímpar no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de função essencial à justiça, dotada de autonomia funcional e administrativa, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁶⁵.

As funções institucionais do *Parquet* estão previstas, em rol não taxativo, no artigo 129 da Carta Magna/88. No tocante ao objeto deste estudo, destacam-se as atribuições do Ministério Público brasileiro para *defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar*, além de competir ao órgão zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição/88. Além disso, cabe ao Ministério Público *promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

Em complemento ao desenho institucional traçado pelo Constituinte de 1988, foram sancionadas, em 1993, a Lei Complementar nº 75/93 e a Lei Ordinária nº

¹⁶⁵ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

8.625/93, diplomas legislativos que contemplam, respectivamente, os estatutos jurídicos do Ministério Público da União e dos estados.

Com relação às populações indígenas, o legislador complementar expressamente outorgou ao Ministério Público da União a competência para a proteção dos seus direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, podendo propor as ações judiciais cabíveis, sem prejuízo dos instrumentos de atuação extrajudicial.¹⁶⁶ Na mesma lei, estabeleceu-se que o Ministério Público Federal exercerá suas funções “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas.”¹⁶⁷

No tocante ao controle externo da atividade policial, depreende-se da legislação institucional¹⁶⁸ que esta função abrange a fiscalização dos estabelecimentos prisionais, com a adoção das medidas pertinentes, nas esferas judicial e extrajudicial. Para a consecução deste mister, os diferentes ramos do Ministério Público contam com estruturas de apoio específicas. No âmbito federal, a 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal tem por incumbência realizar o controle externo da atividade policial e do sistema prisional. Nos estados, a organização varia conforme a unidade federativa. No Estado de São Paulo, por exemplo, a função é atribuída ao GECEP – Grupo Especial de Controle Externo da Atividade Policial, sem prejuízo do controle exercido difusamente pelos promotores de justiça com atribuições na área criminal e de execução penal.

Foi possível identificar diversas ações do Ministério Público Federal, visando a promoção e a proteção dos cidadãos indígenas privados de liberdade. Neste sentido, a 6ª e a 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF¹⁶⁹, por meio da portaria conjunta de

¹⁶⁶ Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

XI - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis;

¹⁶⁷ Artigo 37, inciso II.

¹⁶⁸ Lei complementar nº 75/93: Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; Lei nº 8625/93: Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: VI - exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência.

¹⁶⁹ As Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR) são órgãos colegiados que tem as atribuições de coordenação, integração e revisão da atuação funcional dos membros do Ministério Público Federal. A 6ª



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

11 de março de 2015¹⁷⁰, criaram o Grupo de Trabalho (GT) Intercameral “Presos indígenas e violência policial contra indígenas”. O propósito do grupo é coordenar e elaborar sugestões para a atuação do *Parquet* federal na fiscalização das condições em que se encontram os indígenas presos, bem como em casos de violência policial contra indígenas.

Dentre as atividades realizadas pelo Grupo de Trabalho, destacam-se o mapeamento dos presos indígenas por Unidade da Federação e por estabelecimento prisional, a realização de reuniões com outros órgãos com o escopo de aprimorar o processo de triagem dos indígenas presos, além do mapeamento de casos e situações englobando atos de violência contra indivíduos e populações indígenas.

É importante pontuar que o Ministério Público Federal, por ocasião do plano de trabalho¹⁷¹ elaborado no GT supramencionado, reconheceu a possibilidade de haver subnotificação na quantidade de pessoas indígenas privadas de liberdade. Em estudo realizado no Estado de Roraima, constatou-se que, naquela unidade federativa, o número de indígenas encontrados e entrevistados nas prisões se revelou bastante superior aos dados oficiais.

Assim, com o propósito de sanar o problema da subnotificação, o Grupo de Trabalho diligenciou junto aos órgãos estaduais e federais solicitando levantamento individualizado em cada estabelecimento prisional. Após a expedição dos ofícios, os membros do GT ficaram responsáveis pela coleta dos dados e realização de inspeções por amostragem nos estabelecimentos prisionais, para conferência das estatísticas apresentadas.

Por ocasião do plano de trabalho, identificou-se, ainda, a necessidade de incremento do atendimento jurídico e assistencial da FUNAI aos presos indígenas.

CCR atua nas matérias concernentes a indígenas, quilombolas, comunidades extrativistas, comunidades ribeirinhas e ciganos, ao passo que a 7ª CCR relaciona-se com o controle externo da atividade policial e sistema prisional.

¹⁷⁰ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria Intercameral 6ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão nº1, de 11 mar. 2015. Brasília: 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/sistema-prisional/grupos-de-trabalho-1/grupos-de-trabalho-encerrados/presos-indigenas-e-violencia-policial-contra-indigenas/docs/PortariaIntercameral6e7CCRn111315Assinada.pdf>>. Acesso em 24 out. 2020.

¹⁷¹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/grupos-de-trabalho-1/presos-indigenas-e-violencia-policial-contra-indigenas/outros-documentos-1/PlanodeTrabalhoGTPresosIndigenas.pdf>>. Acesso em 24 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Assim, expediu-se recomendação¹⁷² ao órgão indigenista para que estabeleça a periodicidade mensal das visitas nos estabelecimentos prisionais.

Desde a sua criação, o Grupo de Trabalho tem realizado reuniões periódicas com o propósito de compilar informações sobre a efetivação das medidas previstas no plano de trabalho. Na 2ª Reunião Presencial, realizada entre os dias 27 e 28 de maio de 2015¹⁷³, foram deliberadas diversas medidas, tais como:

1. Alteração/aditamento do Manual de Execução Penal com relação à temática de direitos das comunidades tradicionais;
2. Recomendação aos juízes com relação à audiência de custódia e os presos indígenas;
3. Orientações sobre prisão de índio como exceção, sugerindo maior uso de medidas alternativas;
4. Orientação aos juízes sobre o uso de antropólogos contratados via perícia judicial em casos de presos indígenas, com alteração no manual de perícias judiciais.

No âmbito da tutela coletiva, foram identificadas inúmeras ações na defesa dos povos indígenas submetidos à privação de liberdade¹⁷⁴. Dentre as mais recentes, podem-se destacar as seguintes: a) Instauração de inquérito civil instaurado pela Procuradoria da República em Altamira/PA com o objetivo de investigar rebelião em unidade prisional que resultou no massacre de 57 detentos, sendo parte deles de origem indígena; b) Instauração de inquérito civil e posterior ajuizamento de ação civil pública em face da União, do Estado do Amazonas, da FUNAI e da terceirizada que administra o presídio, em razão da morte violenta de cinco índios, ocorrida em unidade prisional no Amazonas no ano de 2017. A Procuradoria da República no Estado do Amazonas postula¹⁷⁵ o pagamento de indenização por danos morais coletivos, bem como a obrigação se estabelecer, em cada presídio do Estado, “um local segregado do restante da população carcerária, onde os presos indígenas possam exercer seus direitos

¹⁷² A recomendação é um instrumento extrajudicial de atuação do Ministério Público e tem previsão legal 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/1993: “Compete ao Ministério Público da União: XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”

¹⁷³ Ata da reunião disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/sistema-prisional/grupos-de-trabalho-1/grupos-de-trabalho-encerrados/presos-indigenas-e-violencia-policia-contraindigenas/docs/Ata2.pdf>>. Acesso em 24 out. 2020.

¹⁷⁴ Para mais informações sobre o trabalho do Ministério Público Federal na temática indigenista, conferir o portal da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6>>. Acesso em 24 out. 2020.

¹⁷⁵ O inteiro teor da petição inicial está disponível no sítio eletrônico do MPF: <mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-mortes-de-indigenas-no-compaj>. Acesso em 24 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

identitários, culturais, espirituais/religiosos sem qualquer tipo de discriminação étnica.” O processo ainda está pendente de julgamento.

Por derradeiro, destaca-se a atuação do Ministério Público na responsabilização criminal pela violação dos direitos humanos dos índios, que foram transformados em presos políticos, no contexto da ditadura militar implantada no Brasil entre os anos de 1964 e 1985. Durante o regime, foram praticadas inúmeras atrocidades contra os povos indígenas¹⁷⁶, que eram considerados uma ameaça ao ideal desenvolvimentista adotado.

Neste contexto, no entender do Ministério Público Federal, foram praticados crimes contra a humanidade em face do grupo étnico Krenak. Sob as ordens do “Capitão Pinheiro”, foi criada a Guarda Rural Indígena, além da instalação do Reformatório Krenak, local onde teria ocorrido o maior genocídio indígena da história recente do Brasil.

Assim, a Procuradoria da República no Município de Governador Valadares/MG ofereceu denúncia¹⁷⁷ em face do militar conhecido como “Capitão Pinheiro”, atribuindo-lhe a prática de crime de genocídio, nos termos da Lei nº 2.889/1956¹⁷⁸. A denúncia foi recebida e o processo encontra-se em fase de instrução.

O ENCARCERAMENTO INDÍGENA NA JURISPRUDÊNCIA

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades¹⁷⁹.

Primeiramente, é indispensável afirmar que o Brasil tem problemas profundos e generalizados no tocante ao âmbito prisional. De acordo com o Levantamento

¹⁷⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Texto 5: Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Relatório Final, v. 2. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>>. Acesso em 27 out. 2020.

¹⁷⁷ A íntegra da denúncia está disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-em-minas-denuncia-chefe-da-antiga-guarda-rural-indigena-por-genocidio-contr-o-povo-krenak>>. Acesso em 24 out. 2020.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º out. 1956. Define e pune o crime de genocídio. Rio de Janeiro: 1º out. 1956. Disponível em: <[¹⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 53.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/12889.htm#:~:text=Define%20e%20pune%20o%20crime%20de%20genoc%C3%ADdio.&text=Pena%3A%20Metade%20da%20cominada%20aos%20crimes%20ali%20previstos.&text=5%C2%BA%20Ser%C3%A1%20punida%20com%20, dos%20crimes%20definidos%20nesta%20lei.>>. Acesso em 24 out. 2020.</p></div><div data-bbox=)



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN de 2014¹⁸⁰, o Estado brasileiro possuía cerca de 726 mil pessoas presas em 2016 (a terceira maior população carcerária do mundo), conquanto apenas 368 mil vagas estivessem disponíveis. Além disso, há uma enorme quantidade de presos provisórios (41,5% do total), ou seja, sem condenação judicial transitada em julgado¹⁸¹.

Baseando-se no modelo estadunidense de endurecimento das leis penais como punição principal e preferencial no seio da sociedade, houve não somente uma intensificação quantitativa do número de presos – aumento de 500% desde 1990¹⁸², mas também um aprofundamento qualitativo do histórico controle social da pobreza pelo direito penal brasileiro, dado que as minorias, como as mulheres e os homens indígenas, assim como as “maiorias minorizadas”, como as mulheres e os homens negros e pardos tornaram-se criminosos natos (a conversão e a intensificação da dualidade do *Outro* em oposição ao *Eu*)¹⁸³. A única maneira de contê-los, conseqüentemente, seria a aplicação de um direito penal do inimigo¹⁸⁴. Nesse diapasão, durante o julgamento da ADPF nº 347 no Supremo Tribunal Federal em 2015, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre”.

Torna-se oportuno atestar, porém, que tanto a política criminal brasileira como a estadunidense são extremamente complexas, na medida em que transitam entre espectros ideológicos bem diferentes a depender do momento histórico e das reações de suas respectivas sociedades. Por conseguinte, no que se refere ao caso brasileiro, nas últimas décadas, várias leis têm buscado reformar essa visão punitivista do direito¹⁸⁵.

¹⁸⁰ BRASIL, Ministério da Justiça (MJ), Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN, [s.l.]: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2014.

¹⁸¹ BARBIÉRI, Luiz Felipe, CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação, G1, 2019.

¹⁸² Ver OSÓRIO, Daniele de Souza, A pena de prisão no Brasil: o encarceramento de indígenas em Mato Grosso do Sul - multiculturalismo e o direito à identidade, *in*: AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.), Justiça Criminal: Povos Indígenas do Brasil, São Leopoldo: Karywa, 2020.

¹⁸³ Para compreender essa dualidade, ver FOUCAULT, MICHEL, De la guerre des races au racisme d'État, *in*: EWALD, François; FONTANA, Alessandro (Orgs.), [s.l.]: Cours au Collège de France, 1997; LEVI-STRAUSS, C., La Pensée sauvage, Paris: Plon, 1962.

¹⁸⁴ A fim de entender esse conceito de direito penal do inimigo, consultar ESPINOZA, Olga, A mulher encarcerada em face do poder punitivo, 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2004; OSÓRIO, A pena de prisão no Brasil: o encarceramento de indígenas em Mato Grosso do Sul - multiculturalismo e o direito à identidade; WACQUANT, Loïc, Prisões da miséria, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

¹⁸⁵ Nesse sentido, ver Reforma da Parte Geral do CP (1984), que acabou com a responsabilidade objetiva, aprimorou os mecanismos de individualização da pena e inovou com a possibilidade de penas alternativas; Lei de Execução Penal (1984), com a instituição do sistema progressivo, individualização da



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

No entanto, a realidade parece demonstrar que as previsões legislativas necessitam ser efetivamente aplicadas concretamente para remediar as atrocidades ainda geradas no seio da nossa sociedade e do nosso sistema penal¹⁸⁶.

Em segundo lugar, especificamente no que concerne às populações indígenas, embora tanto as legislações hodiernas interna e internacional demonstrem um ímpeto indiscutível no que se refere à formalização da defesa do multiculturalismo como a base de construção solidária entre os povos, o assimilacionismo continua sendo aplicado amplamente no Brasil, notavelmente na esfera penal, inclusive por tribunais superiores.

Quando vocês falam que foram mortos aproximadamente seis milhões de pessoas nos campos de concentração, das quais grande parte se sabe o nome e dia da morte, nós indígenas lembramos os quase seis milhões de irmãos nossos exterminados sem que se tenha, na maioria dos casos, qualquer informação sobre esses massacres. Foi um extermínio silencioso e contínuo, que continua até hoje¹⁸⁷.

Cabe destacar a inconstitucionalidade e o desrespeito aos tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, em uma ampla gama de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que esse tribunal continua a implementar, por exemplo, a diferenciação entre “indígenas integrados” e “indígenas não integrados” à sociedade¹⁸⁸. A previsão de tratamento especial dispensado aos indígenas, baseada nos artigos 56 e 57 do Estatuto do Índio, é afastada mediante alguns requisitos no mínimo contestáveis, como a habilidade de falar e ler em português, a posse de carteira de

execução da pena, livramento condicional, dentre outras medidas; Lei 9.099/1995, que introduziu entre nós o sistema de justiça negocial, com aplicação imediata de pena não privativa de liberdade; Lei nº 9714/1998, que ampliou o rol de penas restritivas de direitos e o seu cabimento; Lei nº 10.251/2001, que possibilitou a aplicação das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/1995 também na esfera federal; Lei nº 11.343/2006, que instituiu o fim da prisão do usuário de drogas; Lei 11719/2008 (reforma do Código de Processo Penal), que demonstrou uma maior cautela do legislador com a aplicação da prisão preventiva; Lei 12403/2011, que ampliou o rol das medidas cautelares diversas da prisão; Lei nº 13.964/2019, que instituiu o juiz de garantias e o acordo de não-persecução penal, representando uma verdadeira refundação do processo penal no Brasil.

¹⁸⁶ Ver SILVA, Julia Isabelle da, Língua e racismo institucional na CPI do Genocídio/MS: o caso Paulino Terena e o direito dos povos indígenas ao uso da língua tradicional em procedimentos judiciais, *in*: Justiça Criminal: Povos Indígenas do Brasil, São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 47–73; TEIXEIRA, Matheus, Gilmar cita genocídio de índios e volta a criticar excesso de militares no Ministério da Saúde, Folha de S.Paulo, 2020; NASCIMENTO, Abdias do, O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

¹⁸⁷ PATAXO, Nailton in 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MPF, Manual de jurisprudências dos direitos indígenas, Brasília: MPF, 2019, p. 889.

¹⁸⁸ Ver BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso de Habeas Corpus: AgRg no AgRg no RHC nº 115094 MS (2019/0195561-5); Habeas Corpus: HC nº HC 243794 MS (2012/0108607-8); Habeas Corpus: HC nº HC 293476 SP (2014/0098048-3); Habeas Corpus: HC 11862 PA (2000/0002143-1); Habeas Corpus: HC nº 30.113 MA (2003/0154495-0); Habeas Corpus: HC nº 40884 PR (2005/0000726-0).



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

trabalho e até mesmo o uso de telefones celulares¹⁸⁹. Nesse diapasão, o indígena deixaria de ser indígena caso tivesse acesso às informações e/ou fizesse parte da vida cotidiana da sociedade não indígena brasileira. Esse padrão parece se repetir nos tribunais estaduais de todo o país¹⁹⁰, assim como nos tribunais regionais federais¹⁹¹.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, algumas decisões aceitam essa possível distinção¹⁹², enquanto outras afirmam sua inconstitucionalidade flagrante¹⁹³. No que se refere à estas, a Constituição Federal de 1988 não teria recepcionado o Art. 4º do Estatuto do Índio, uma vez que inexistem fundamentos antropológicos para a aplicação dessa diferenciação entre integrados e não integrados. Temos a impressão de que a realidade concreta dá razão a tal inconstitucionalidade, já que, de acordo com a FUNAI, entre 100 e 190 mil indígenas vivem atualmente fora de terras indígenas, inclusive em áreas urbanas¹⁹⁴. Nessa perspectiva, as aplicações assimilacionistas ainda preponderantes nas decisões do judiciário brasileiro tendem a excluir essa população do tratamento diferenciado necessário à preservação da cultura indígena.

No tocante à competência para processar e julgar crimes em que o indígena figure como autor ou vítima, existem intensas discussões sobre a atribuição da justiça comum estadual, fundamentada na Súmula 140 do STJ, ou da justiça federal, assentada nos artigos 109, inciso XI; 129, inciso V; 231 e 232 da CF/88. O foco desse conflito de jurisdição refere-se à interpretação do que significa “proteção dos direitos indígenas”. As decisões tendem a considerar que a competência da justiça federal é predominante nos crimes diretamente ou indiretamente relacionados a conflitos sobre a posse de um determinado território¹⁹⁵. É oportuno aduzir que essa indefinição pode retardar o andamento dos processos e aumentar o tempo dos julgamentos, acarretando assim

¹⁸⁹ Cf. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso em Habeas Corpus: RHC nº 122923 PR (2020/0012563-0).

¹⁹⁰ Cf. BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, Apelação Cível: AC nº 0308269-28.2018.8.24.0018 Chapecó 0308269-28.2018.8.24.0018; BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, Apelação: APL nº 0002317-47.2017.8.16.0068 PR 0002317-47.2017.8.16.0068 (Acórdão); TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, Agravo de Execução Penal: EP nº 0000474-74.2020.8.04.4401 AM 0000474-74.2020.8.04.4401.

¹⁹¹ Cf. TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO, Habeas Corpus: HC nº 5036157-34.2020.4.04.0000 5036157-34.2020.4.04.0000.

¹⁹² Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Especial: RE nº 5000362-87.2014.4.04.7012/PR.

¹⁹³ Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus: HC nº 85198 MA.

¹⁹⁴ Cf. GALLO, Ricardo; CARROZZO, Salvatore, Cresce migração de índios para favela, Folha de São Paulo, 2006.

¹⁹⁵ Cf. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Ordinário em Habeas Corpus: RHC 24732 ES (2008/0233367-6).



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

enormes prejuízos aos indígenas acusados, especialmente num sistema no qual os presos preventivos sem sentença condenatória são quase 50% do total de encarcerados.

O caso do estado do Mato Grosso do Sul é paradigmático, já que esse território abarca não apenas a segunda maior população autodeclarada indígena em termos absolutos do Brasil (73.295 mil indígenas), mas também a maior taxa de encarceramento de autóctones¹⁹⁶, a qual vem aumentando exponencialmente desde 2014 conforme a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário do MS¹⁹⁷. Há aqui um dúvida a suscitar quanto ao papel político destas prisões e averiguar quais delas estão envolvidas com disputas e defesas legítimas na e da própria Ademais, quanto aos números, deve-se atestar que até mesmo que:

os números oficiais da composição étnica da população prisional são imprecisos, pois resultantes da invisibilidade e da descaracterização cultural realizada pelo sistema de Justiça, além de estarem permeados pela transitoriedade de prisões provisórias e progressões na execução da pena¹⁹⁸.

Conforme dados cruzados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de 2016¹⁹⁹, do Conselho Nacional de Justiça, de 2018²⁰⁰; do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciária (CNPCCP), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), da Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais (ONSP) (Órgãos Públicos), de 2019²⁰¹; assim como do relatório "Situação dos Detentos Indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul", conduzido pela ONG CTI (Centro de Trabalho Indigenista) e por pesquisadores da UCDB (Universidade Católica Dom Bosco), de 2008²⁰², quase 100% dos processos judiciais abertos contra indígenas nesse estado desrespeitaram a Constituição da República/88, o Estatuto do Índio e os tratados internacionais de direitos humanos, que o Brasil é

¹⁹⁶ NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane, Se não há índios, não há direitos: uma análise de dados sobre pessoas indígenas em situação de prisão no Brasil a partir do uso de mecanismos da Lei de Acesso à Informação, *in*: Justiça Criminal: Povos Indígenas do Brasil, São Leopoldo: Karywa, 2020.

¹⁹⁷ BRASIL, Informações Penitenciárias, Campo Grande/MS: Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, 2019.

¹⁹⁸ OSÓRIO, A pena de prisão no Brasil: o encarceramento de indígenas em Mato Grosso do Sul - multiculturalismo e o direito à identidade, p. 40.

¹⁹⁹ BRASIL, Dados consolidados, Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2016.

²⁰⁰ BRASIL. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2018.

²⁰¹ BRASIL. Relatório Ariovaldo Toledo Penteado Junior, Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciária (CNPCCP), Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Ouvidoria Nacional dos Serviços Penais (ONSP), 2019.

²⁰² CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI); UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO (UCDB), Situação dos Detentos Indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul, Brasília: CTI, 2008.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

signatário, principalmente, a Convenção nº 169 da OIT e o Pacto de São José da Costa Rica. Some-se a essa circunstância trágica o fato de que, no Mato Grosso do Sul, a cada dez indígenas, nove encontram-se presos em flagrante ou preventivamente (sem condenação irrecurável)²⁰³.

No que respeita à necessidade de entrevista antropológica, ela é indispensável para estabelecer uma possível vinculação do acusado indígena a alguma comunidade, o que possibilita a aplicação e o respeito aos costumes do povo em questão. Porém, de acordo com o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura de 2016-2017²⁰⁴, em nenhum dos casos foi acatada a nulidade dos processos nesse estado pela falta de realização dessa entrevista, já que não haveria prejuízo à ampla defesa do indígena plenamente integrado. Esse padrão de julgamento também é aplicado pelo STJ²⁰⁵, ainda que não de forma uníssona²⁰⁶.

Ainda de acordo com o relatório "Situação dos Detentos Indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul", o direito a um intérprete não foi respeitado em 78% dos processos analisados, o que vai diretamente contra a CF/88, o Estatuto do Índio, a Convenção 169 da OIT, o Pacto de São José da Costa Rica e a Resolução 287 do CNJ. Segundo a Defensora Pública Neyla Ferreira Mendes²⁰⁷, após consultar os processos de 131 indígenas presos em Dourados/MS, concluiu “que nenhum deles tinha intérpretes nem laudo antropológico, ambos exigidos por lei”.

A preferência por penas alternativas aos indígenas também não foi seguida em 99% dos casos. Além disso, de acordo com levantamento realizado pela jornalista Karla Mendes, uma inspeção efetuada pela Defensoria Pública da União, em julho de 2018, nos estabelecimentos prisionais da cidade de Dourados/MS, demonstrou que poucos presos indígenas receberam visitas de seus familiares e de suas comunidades²⁰⁸.

²⁰³ OLIVEIRA, Tayran Valiente Dias de; TENÓRIO, Lílian Raquel Ricci, Encarceramento indígena no Mato Grosso do Sul: uma análise antropológica e jurídica, *in*: Justiça Criminal: Povos Indígenas do Brasil, São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 215–36.

²⁰⁴ BRASIL. Relatório anual, [s.l.]: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, 2016; OSÓRIO, A pena de prisão no Brasil: o encarceramento de indígenas em Mato Grosso do Sul - multiculturalismo e o direito à identidade, pp. 40-1.

²⁰⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus: HC nº 602068 MS (2020/0191692-9).

²⁰⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus: HC nº 604898 MS (2020/0202326-0); Recurso em Habeas Corpus: RHC nº 86.305-RS (2017/015717-3).

²⁰⁷ MENDES, Karla, Sem defesa, sem identidade: indígenas brasileiros definham nas prisões, REUTEURS, 2019.

²⁰⁸ Ver OSÓRIO, A pena de prisão no Brasil: o encarceramento de indígenas em Mato Grosso do Sul - multiculturalismo e o direito à identidade.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Consoante Gustavo Menezes, técnico da FUNAI, a dificuldade de transporte e a falta de informação são primordiais para o quadro de solidão desses presos²⁰⁹. Por fim, segundo o INFOPEN MULHERES, de 2018, as mulheres indígenas perfazem menos de 1% do total de presos no sistema prisional brasileiro. Entretanto, essas informações ainda necessitam ganhar um significado real, uma vez que as especificidades dessas mulheres são “esquecidas” concretamente²¹⁰, ainda que encontrem respaldo formal²¹¹.

E no meu caso, na minha experiência de sujeito coletivo, porque não sei ser indivíduo no sentido do singular, só sei viver a experiência comum do meu povo e de todos os outros povos que marcham juntos pela ordem. para superar essa ausência forçada que a história nos relegou (...). Estamos compartilhando um território, então precisamos pelo menos saber o que vamos fazer aqui, juntos²¹².

O estudo acerca das normas jurídicas que regem o Direito Indigenista no Brasil, sob o ponto de vista estritamente positivo, revelou que os povos indígenas têm sido progressivamente contemplados com mais direitos subjetivos. Desde as primeiras constituições que asseguraram aos índios a posse de suas terras, até a Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, aqueles que eram objeto de tutela foram alçados à condição de legítimos sujeitos de direito.

Na esfera penal, pode-se observar uma evolução normativa - ainda que lenta - rumo a um direito penal menos retributivo e com um enfoque maior nos aspectos restaurativo e ressocializador. No entanto, ainda remanescem resquícios de um direito e de um processo penal profundamente marcados pelos rigores do punitivismo, herança de períodos pouco democráticos da nossa história, que parece querer - em alguma medida - ressurgir no contexto político atual.

Acerca da privação de liberdade dos povos indígenas, é inegável que a Resolução nº 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça representa um passo importante rumo ao cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil no plano internacional, com relação aos direitos humanos dos povos indígenas. Não obstante, ainda não é possível aferir, com o grau de certeza necessário, a efetividade da norma na promoção dos direitos humanos dos indígenas, visto tratar-se de ato normativo editado há pouco tempo e ainda sem reflexos na jurisprudência.

²⁰⁹ MENDES, Sem defesa, sem identidade: indígenas brasileiros definham nas prisões.

²¹⁰ SANTIAGO, Brunna Rabelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando, A realidade das mulheres indígenas encarceradas no Brasil: a língua não falada pela justiça criminal, *in*: Justiça Criminal: Povos Indígenas do Brasil, São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 115–131.

²¹¹ Ver, por exemplo, CNJ, Resolução Nº 287, 2019, Art. 13.

²¹² KRENAK, Ailton, Enquanto tiver gente no Brasil, vai ter presença indígena.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Com relação ao aparato institucional vocacionado para a proteção dos direitos dos indígenas encarcerados, no tocante ao Ministério Público, especificamente na esfera federal, é possível constatar uma postura proativa e mais alinhada com o multiculturalismo. Assim, as medidas extrajudiciais têm colaborado para amenizar os malefícios da política integracionista que predominou na maior parte da história do Direito Indigenista. No entanto, as iniciativas progressistas do *Parquet* encontram limites nas hipóteses em que se faz necessário recorrer às vias judiciais, ainda bastante impregnadas pela visão de que os indígenas devem ser progressivamente integrados à sociedade envolvente.

Em conclusão, esse processo de aculturação tem intensas repercussões individuais e comunitárias, afetando o sentido de coletividade, a cultura do pertencimento e o desejo de comunhão dessas comunidades. Em decorrência de uma pretensa superioridade epistemológica da sociedade hegemônica brasileira, as especificidades cosmológicas dos autóctones são recorrentemente desconsideradas, o que, conseqüentemente, determina a inobservância pelo Estado brasileiro da singularidade desses povos dentro e fora²¹³ do sistema carcerário. Parece-nos que a ampla base legal que resguarda hodiernamente os indígenas continua a ser profundamente desrespeitada pela jurisprudência brasileira, conquanto existam importantes aberturas para a aplicação efetiva do multiculturalismo, notavelmente mediante a atuação e a fiscalização do âmbito prisional por diversos organismos estatais autônomos, como o MPF.

Fica claro que, atualmente, o “Outro” indígena é constantemente pressionado a se adaptar, resistir ou simplesmente sobreviver²¹⁴. A fim de superar esse assimilacionismo, primeiramente, devemos buscar a aplicação efetiva do multiculturalismo pelos operadores do direito, respeitando dessa forma não apenas a legislação infraconstitucional, mas também os preceitos constitucionais e os tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário. Ao mesmo tempo, necessitamos perceber que o direito não é um campo social distinto e muito menos uma esfera social autônoma

²¹³ A fim de compreender essa afirmação, ver BALLESTRIN, Luciana M.A, América Latina e o giro decolonial, *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11, p. 89–117, 2013; SANJÍNES, Javier, *Embers of the past: essays in times of decolonization*, Durham and London: Duke University Press, 2013; DUSSEL, Enrique, Europa, modernidade e eurocentrismo, *in*: LANDER, Edgardo (Org.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2005, p. 24–32.

²¹⁴ Ver STF, Recurso Especial: RE nº 351.487 RR - Massacre de Haximu; CIDH, Plan de Sánchez vs. Guatemala.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

e homogênea, uma vez que os contextos jurídico, político, econômico e religioso têm repercussões simultâneas e dialéticas entre si para a construção da realidade²¹⁵.

Por conseguinte, não somente as práticas medicinais tradicionais²¹⁶, as particularidades culturais e linguísticas²¹⁷ e as necessidades especiais dos indígenas devem ser consideradas, mas também seus ordenamentos jurídicos específicos, o que proporcionará a instauração de uma verdadeira horizontalidade cosmológica no Brasil²¹⁸, influenciando assim, de maneira direta, a esfera prisional.

²¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Derecho y emancipación*, Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 63-144.

²¹⁶ Embora não seja uma jurisprudência do contexto penal, ver TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Agravo de Instrumento (AG): AI nº 0004093-50.2014.4.01.0000.

²¹⁷ Ainda que não seja uma jurisprudência do contexto penal, ver TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Apelação/Remessa Necessária: ApReeNec nº 0000652-21.2006.4.03.6003 MS.

²¹⁸ Para entender essa ideia, ver DUSSEL, Europa, modernidade e eurocentrismo; QUIJANO, Aníbal, *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*, in: LANDER, Edgardo (Org.), *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.: CLACSO, 2005, p. 107–130; SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar el Occidente: más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires: CLACSO, 2010; SANTOS, Boaventura de Sousa, *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*, São Paulo: Boitempo, 2007.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

VI| ENFOQUES EM MATÉRIA DE PESSOAS IDOSAS

O envelhecimento faz parte da vida, mas envelhecer com qualidade é um direito humano, sendo certo que toda pessoa tem o direito de ter um nível mínimo de conforto que lhe assegure o direito à vida, à dignidade e ao bem estar. A formulação anterior está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 25, e se espalha por todas as normas referentes ao envelhecer a nível internacional e dos Estados - para aqueles que possuem legislação específica. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, atualmente, há 28 milhões de idosos no Brasil, correspondendo a 13% do total da população²¹⁹.

Sabe-se que o sistema prisional brasileiro tem inúmeras deficiências na área de higiene e saúde, não só os idosos são prejudicados. Entretanto, a tendência é que, das minorias carcerárias mais invisíveis quando da análise dos problemas do sistema penitenciário brasileiro, sem dúvidas a população de idosos é das que mais sofre. A velhice é vista pela sociedade como uma mera fase de completude do ciclo de vida, na qual os indivíduos gozam de plena sabedoria, o que gera uma maior estigmatização quando um idoso é o ator principal, o agente do crime em questão²²⁰, em comparação a quando o idoso em questão figura no outro polo dos crimes, como vítima²²¹.

A visão criminal acerca do idoso é incomum. Há autores que consideram a idade em diversos fatores, como Shapiro: há a idade biológica, aquela do corpo, referente às mudanças físicas que a matéria desenvolve ao longo dos anos (dessa maneira, um jovem pode desenvolver doenças mais comuns a pessoas com idade avançada, por exemplo, de acordo com suas próprias condições biológicas e fisiológicas); a idade cronológica, referente à percepção numérica do tempo, no que diz respeito aos anos vividos; a idade psicológica, referente à idade mental e psicossocial da pessoa, não sendo incomum alguém com idade cronológica avançada agir como alguém com idade mental inferior; e a idade social, influenciada pelos eventos da vida da pessoa, que podem melhorar ou

²¹⁹IBGE. Estatísticas Sociais. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao.html>> Acesso em: 02 dez. 2020.

²²⁰CÔRTE, Beltrina. O idoso como agente do crime. Rompendo o silêncio: faces da violência na velhice, p. 253-273, 2010.

²²¹WACHELESKI, Nadia Regina; GERSHENSON, Beatriz. As experiências sociais da velhice no cárcere. Mais 60: Estudos sobre Envelhecimento, Volume 29, Número 72. Dezembro de 2018.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

piorar sua qualidade de vida, como situações felizes e positivas ou grandes tristezas e traumas - como o encarceramento.²²²

A interseccionalidade de fatores como classe social, gênero, raça, afeta os idosos de maneira substancial, mas os estudos são ainda mais escassos quanto ao recorte etário da velhice no cárcere do que nos outros temas do presente dossiê. O idoso é estudado como vítima, um dado que os retira do viés de autonomia, uma vez que sempre são vistos pelo olhar paternalista da proteção e raramente como atores principais dos atos, mesmo na área criminal. No entanto, estima-se que, até o ano de 2025, até 25% da população carcerária será composta por pessoas com mais de 60 anos, com período de permanência no sistema penitenciário de no mínimo 20 anos²²³.

Nesse sentido, é possível que nos perguntemos: o que é envelhecer? A população brasileira, com o aumento da expectativa de vida, passa a compor uma porcentagem expressiva da população total do país, aumentando-se também a capacidade produtiva. Até 2060, serão um quarto do quadro populacional do Brasil²²⁴. (Veja-se, portanto, que há a figura do idoso que adentra o cárcere já nesta condição e aqueles que se tornam idosos durante o cumprimento da pena.)

Há uma tendência de se notar a velhice como uma experiência homogênea, mas trata-se de uma fase heterogênea da vida, individualizada, sendo experimentada de forma diferente por cada idoso, e essa heterogeneidade, por exemplo, pode estar até mais acentuada para essa faixa etária, com novas imagens da velhice²²⁵, em razão das experiências vividas: há, sim, o idoso frágil e vulnerável, mas o aumento da qualidade de vida traz aos idosos a oportunidade de viver novas oportunidades. Ou seja: “a vulnerabilidade social do idoso decorre da diversidade de circunstâncias enfrentadas no

²²² SHAPIRO, Brian. America's Aging Prison Population: Issues & Alternatives. *Offender Programs. Social and Behavioral Rehabilitation in Prisons, Jails and the Community*, v. 5, p. 17-32, 2001.

²²³ LIMA, Pollyana Viana. MEMÓRIA E REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE IDOSOS ENCARCERADOS SOBRE VELHICE E SAÚDE. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista/BA, 2018. Disponível em: <<http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Pollyanna-Viana-Lima.pdf>> Acesso em: 28 out. 2020.

²²⁴ FARIAS, Maria Fernanda Rodrigues Neves; DE SOUZA, Pedro Henrique Vieira; DA SILVA SANTOS, Vanessa Érica. O NOVO RETRATO DEMOGRÁFICO DO BRASIL: ANÁLISE ACERCA DO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E SUAS DECORRÊNCIAS ECONÔMICAS. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, v. 7, n. 3, p. 01-11, 2019.

²²⁵ DEBERT, Guita Brin. Envelhecimento e curso da vida. *Revista Estudos Feministas*, v. 5, n. 1, p. 120, 1997.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

cotidiano pela população envelhecida”²²⁶, o que gera uma cisão: o idoso vulnerável é um espaço de não-consumo do sistema capitalista²²⁷, à margem.

Para as normas internacionais, a idade definida como sendo o início da terceira idade no Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, de 1982, são os 60 anos. Já a Organização Mundial da Saúde adota o viés de heterogeneidade, atrelado aos padrões de desenvolvimento humano e econômico de cada Estado, ao afirmar que a velhice se inicia aos 65 anos para países desenvolvidos e aos 60 anos para países em desenvolvimento²²⁸, sobretudo quanto à diferença no acesso à saúde.

Há uma ampla proteção legislativa quanto ao idoso no Brasil, sendo considerado idoso todo indivíduo que tenha atingido 60 anos de idade. A Constituição da República/88²²⁹, em seu artigo 230, afirma ser dever da sociedade, do Estado e da família zelar pelo bem-estar e dignidade do idoso, respeitando, também, o seu direito à vida. No entanto, é importante salientar a colocação do idoso, um adulto, no mesmo tópico que as crianças no texto constitucional - um grave sinal de infantilização, para uma fase da vida, como já mencionado, bastante heterogênea, sendo que nem todo idoso é fisicamente frágil ou vulnerável. Não há qualquer menção ao idoso no cárcere.

É necessário, nesse contexto, refletir sobre alguns dos princípios constitucionais: em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição da República/88 apresenta e assegura o fundamento da dignidade da pessoa humana. “E posteriormente no artigo 3º, traz os objetivos fundamentais da República, dentre quais: o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão. E afirma, também, que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de

²²⁶PAZ Adriana Aparecida, LARA DOS SANTOS Beatriz Regina, EIDT Olga Rosaria. Vulnerabilidade e envelhecimento no contexto da saúde. Acta paul. enferm. vol.19 no.3 São Paulo July/Sept. 2006, p. 338-340, disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002006000300014> Acesso em: 29 out. 2020.

²²⁷GHIGGI, Marina Portella. Vulnerabilidade etária no cárcere: ausência de reconhecimento do idoso nas políticas públicas penitenciárias brasileiras. Tese (Doutorado em Política Social e Direitos Humanos) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas/RS, 2019. Disponível em: <<http://pos.ucpel.edu.br/ppgps/wp-content/uploads/sites/5/2020/02/Tese-Marina-Portella-Ghiggi.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2020.

²²⁸GUIDOTTI GONZALES C. A., Envejecimiento demográfico y cambios en la transición a la vejez en el Brasil: pasado, presente y futuro>> em Notas de Población, nº 102, Año XLIII, p.279-300, enero-junio de 2016, disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40257/1/S1600033_es.pdf> Acesso em: 29 out. 2020.

²²⁹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Direito”²³⁰. Além disso, menciona-se sobre o "princípio da humanidade das penas, assim como os demais princípios, têm como função principal limitar o poder de punir do Estado, garantindo aos cidadãos o devido respeito aos seus direitos, independente da condição que se encontrem"²³¹.

O Estatuto do Idoso²³² brasileiro é do ano de 2003, sendo anterior à Convenção Interamericana sobre a Proteção de Idosos. O Estatuto criou um Sistema de Garantia e Direitos antes mesmo da evolução da legislação internacional nesse sentido, sendo certo que o parágrafo 1º do artigo 3º do Estatuto traz redação, colocando o idoso em caráter de absoluta prioridade, em conformidade com o texto da Constituição/88:, veja-se

Art. 3º (...)

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;²³³

Esse breve trecho do Estatuto do Idoso espelha, no entanto, de certa forma, parte da proteção interamericana, contida no Protocolo de San Salvador²³⁴, de 1988, no sentido de que,

Os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a:

a. Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que

²³⁰ ARAÚJO, H. A. A. ; MENDES, R. P. S. A situação do idoso encarcerado no brasil. In: Simpósio de TCC e Seminário de IC. Anais do Simpósio de Trabalhos de Conclusão de Curso , 2016 / 1º, p. 527. Disponível em: < http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/>.

²³¹ ARAÚJO, H. A. A. ; MENDES, R. P. S. A situação do idoso encarcerado no brasil. In: Simpósio de TCC e Seminário de IC. Anais do Simpósio de Trabalhos de Conclusão de Curso , 2016 / 1º, p. 527. Disponível em: < http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/>.

²³² BRASIL. Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 29 out. 2020.

²³³ Idem.

²³⁴ CIDH. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, 1988. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm> Acesso em: 28 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios;

b. Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;

c. Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

Porém, da mesma maneira que a totalidade da legislação de proteção, apesar de o Estatuto do Idoso do Brasil ser um grande marco da proteção à velhice e afirmar ser o idoso *"sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis"*²³⁵, também não faz nenhuma menção ao idoso encarcerado - como se essa categoria, do idoso preso, não existisse. Com relação ao Código Penal do Brasil²³⁶, toma-se a idade como circunstância atenuante da pena, conforme o artigo 65, o fato do crime ter sido cometido por pessoa com mais de 70 anos.

Apesar da heterogeneidade, a velhice representa uma gradual redução na saúde, pelo natural desgaste do tempo, o que é intensificado pelo ambiente insalubre do espaço carcerário do Brasil, levando-se em consideração a superlotação do sistema carcerário brasileiro, em geral²³⁷. Parcela da população idosa, em geral, lida com a solidão e o afastamento das pessoas próximas, e um alto índice de suicídio²³⁸, havendo um aumento dessa característica de abandono para os idosos presos, em razão do espaço e do encarceramento²³⁹. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal²⁴⁰ do Brasil permite que o educando idoso cumpra o período de pena em sua residência particular, em seu artigo 117, para aqueles que tiverem mais de 70 anos.

Ainda, com relação à perda de contato com o mundo externo e os desdobramentos emocionais de tal situação, em estudos desenvolvidos no Brasil, notou-

²³⁵BRASIL. Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 29 out. 2020.

²³⁶BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 out. 2020.

²³⁷MINAYO, Maria Cecília de Souza; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, p. 2031-2040, 2016.

²³⁸PAULA, Marcos Ferreira de. Os idosos do nosso tempo e a impossibilidade da sabedoria no capitalismo atual. In *Serviço Social & Sociedade Serv. Soc. Soc. no.126 São Paulo May/Aug. 2016*.

²³⁹LIMA, Pollyana Viana. MEMÓRIA E REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE IDOSOS ENCARCERADOS SOBRE VELHICE E SAÚDE. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista/BA, 2018. Disponível em: <<http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Pollyanna-Viana-Lima.pdf>> Acesso em: 28 out. 2020.

²⁴⁰BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 26 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

se que há uma substancial redução da qualidade de vida dos idosos em cárcere, pois a diminuição do convívio e das possibilidades de atividade os faz desenvolver sentimentos de profunda tristeza, como melancolia e angústia²⁴¹.

Assim, o idoso no cárcere não envelhece da mesma forma que o idoso fora dele. O cárcere aumenta a fragilidade física e emocional, demonstrando o quanto a experiência carcerária no Brasil é desigual: ocorre uma neutralização seletiva de grupos já excluídos pela sociedade²⁴² e em maior condição de vulnerabilidade social, sendo sua maioria homens negros, periféricos. E essa vulnerabilidade se reflete na dificuldade de obtenção de dados oficiais, pois a atualização de informações com relação à presença de idosos no sistema prisional é precária e a vasta maioria das informações nesse sentido vem de pesquisas realizadas a nível acadêmico, revelando a negligência das políticas públicas com essa parcela dos presos no Brasil.

Em 2020, o Departamento Prisional Nacional (DEPEN) liberou uma nota técnica de nº 13/2020, sobre o ingresso e permanência de idosos no sistema prisional, como a análise de doenças prévias, como doenças respiratórias ou cardíacas, doenças crônicas, distúrbios metabólicos, câncer, outras deficiências nos órgãos internos, câncer, HIV/AIDS, e faixa etária, devendo se garantir ao idoso encarcerado o acesso ao trabalho, acesso à educação, acesso à assistência social, acesso à assistência religiosa, mencionando também, sem aprofundar nas especificidades de cada uma das populações carcerárias em condição de vulnerabilidade, a interseccionalidade de condições, considerando estrangeiros, indígenas, LGBTQs, minorias étnico-raciais, pessoas com deficiência, doenças terminais, transtornos mentais e mulheres - sendo a população feminina, aqui, tomada em caráter geral, diferentemente da população abordada no tópico específico dessa contribuição, sobre maternidade no cárcere²⁴³.

Entretanto, assim como ocorreu para outras categorias de minorias carcerárias vulneráveis, a despeito da Resolução 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça, na prática, o judiciário brasileiro, na figura da corte constitucional, o Supremo Tribunal

²⁴¹ OLIVEIRA, Lannuza Veríssimo de; COSTA, Gabriela Maria Cavalcanti; MEDEIROS, Kaio Keomma Aires Silva. Envelhecimento: significado para idosos encarcerados. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, v. 16, n. 1, p. 139-148, 2013.

²⁴² WACHELESKI, Nadia Regina; GERSHENSON, Beatriz. As experiências sociais da velhice no cárcere. MAIS 60: ESTUDOS SOBRE ENVELHECIMENTO, 2018.

²⁴³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica nº13/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ. Disponível em: <https://idoso.mppr.mp.br/arquivos/File/NT_13_2020_MJ.pdf> Acesso em: 28 out. 2020.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Federal, negou acesso ao Habeas Corpus coletivo (AG.REG. NO HABEAS CORPUS 188.997 SÃO PAULO)²⁴⁴ e às medidas cautelares, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347)²⁴⁵, citando, inclusive, decisões do Superior Tribunal de Justiça, sob argumentação do Ministro Rogério Schietti, no sentido de que

a crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, iniludivelmente, **não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo**, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal²⁴⁶.

É importante salientar que essa de acordo com a nota técnica nº 13/2020, há atualmente **11.374 idosos** no sistema penitenciário nacional, que devem receber tratamento específico, evidenciando o retrocesso na posição do judiciário do Brasil com relação à população carcerária idosa, sobretudo em contextos de risco à vida, à integridade e à dignidade, violando legislação doméstica e internacional de Direitos Humanos, às quais o Brasil se submete.

Segundo dados de 2018 no Cadastro Nacional de Presos²⁴⁷, apenas 1% da população carcerária no Brasil era composta por indivíduos de 61 a 70 anos, e 0,2% acima de 71 anos. Essa população sofre preconceito em geral, mas também dentro do próprio ambiente carcerário: em razão da idade avançada, são vistos como menos úteis pelos colegas de cela, quando de rebeliões, motins e revoltas, estando mais suscetíveis a serem alvo de violência nesses contextos²⁴⁸, um triste retrato da relação intergeracional da sociedade, que assume contornos ainda mais acentuados em um contexto de vulnerabilidade, como é o caso do cárcere.

²⁴⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AG.REG. NO HABEAS CORPUS 188.997 SÃO PAULO). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5966581>> Acesso em: 02 dez. 2020.

²⁴⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>> Acesso em: 02 dez. 2020.

²⁴⁶SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ – HC n. 567.408/RJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869080525/habeas-corpus-hc-567408-rj-2020-0070906-7/decisao-monocratica-869080535?ref=juris-tabs>> Acesso em: 02 dez. 2020.

²⁴⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro Nacional de Presos, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2020.

²⁴⁸WACHELESKI, Nadia Regina; GERSHENSON, Beatriz. As experiências sociais da velhice no cárcere. Mais 60: Estudos sobre Envelhecimento, Volume 29, Número 72. Dezembro de 2018.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Um outro argumento que se pode alimentar no que diz respeito aos idosos no cárcere, apesar de não haver, como já mencionado, dados suficientes a respeito dos crimes cometidos por esses idosos, a fim de saber em qual regime ou qual o perfil do idoso encarcerado, nem mesmo com relação à composição social ou raça, é o de que os idosos representam baixo risco social²⁴⁹, em razão do natural desgaste do corpo humano, devendo haver uma otimização das políticas de encarceramento, em razão da já conhecida superlotação do espaço prisional, apesar de os idosos representarem pequena parcela dos dados.

Contudo, há também estudos que refutam essa visão de passividade social do idoso, e em termos de análise de jurisprudência sobre os crimes cometidos, nota-se que uma parcela significativa dos crimes cometidos por idosos são crimes sexuais, sendo 41% dos crimes cometidos no estado de São Paulo, o mais populoso da federação brasileira, no início da década de 10 do século XXI²⁵⁰.

Estudos apontam também, com relação às questões psicológicas envolvendo o envelhecimento no cárcere, que presos idosos sentem mais medo de falecer²⁵¹ e, assim, terminar seus dias na prisão do que presos de outras faixas etárias, e que isso é um fator de ansiedade adicional, reduzindo sua qualidade de vida, no que diz respeito à sua permanência em encarceramento.

Tais questões nos confrontam com as obrigações convencionais às quais os Estados-parte se submeteram quando ratificaram em seus próprios ordenamentos jurídicos a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos idosos, firmando, em seu artigo 5º que deverão ser desenvolvidos em seus planos normativos internos "enfoques específicos em suas políticas, planos e legislações sobre envelhecimento e velhice"²⁵², com relação a idosos que pertençam a minorias, a grupos étnicos específicos, que estejam em condição de vulnerabilidade ou, como é o caso do seguinte parecer, idosos privados de liberdade.

²⁴⁹PSICK, Zachary et al. Older and incarcerated: Policy implications of aging prison populations. *International Journal of Prisoner Health*, Vol. 13 No. 1, pp. 57-63.

²⁵⁰MONTEIRO, Simone Ribeiro. Crimes cometidos por idosos: considerações criminológicas. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

²⁵¹ADAY, Ronald H. Aging prisoners' concerns toward dying in prison. *OMEGA-Journal of Death and Dying*, v. 52, n. 3, p. 199-216, 2006.

²⁵²ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana de Proteção aos Direitos dos Idosos. Washington, D.C. junho de 2015.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

Nesse sentido, é importante salientar que a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos²⁵³ também enfatiza a necessidade de garantir a sua autonomia, bem como sua valorização, levando-se em consideração que é um humano que contribuiu e ainda contribui para o desenvolvimento da sociedade, como um todo, para que possa gozar do direito à sua dignidade até o fim de seus dias.

Dessa forma, fica evidente que há, sim, proteção ao idoso no Brasil, com o aporte de legislações específicas, mas que a vulnerabilidade em razão da idade e a vulnerabilidade social que os afeta na vida, como um todo, também os afeta no cárcere, havendo a necessidade de se desenvolver políticas públicas, sobretudo quanto à saúde física e mental, específicas para essa população, cronicamente, invisibilizada.

²⁵³ Idem.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

VII | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, há uma miríade de variáveis que contribuem para a violação de direitos das minorias aqui abordadas. Tem-se, no âmbito do Sistema Prisional Brasileiro, diversos fatores que intensificam a discriminação a estes grupos vulneráveis. A despeito de alguma evolução no quadro normativo, tem-se que a precariedade e a falta de efetividade de muitas das normas existentes reafirmam circunstâncias de discriminação.

Além disso, existe uma profunda fragilidade em relação aos dados, até então, divulgados no Brasil. Não se trata, exclusivamente, de inexistência de dados, mas de um gravíssimo déficit no manejo deles. É possível notar um contraste e uma diferença de postura e atuação quanto ao interesse de sistematização de dados para a segurança e quanto ao interesse de sistematização para efetivação e guarda de direitos humanos. Há uma assimetria posta.

Nota-se que existe uma expertise, em alguma medida, avançada e um alto interesse para gerar, captar e processar dados, quando se tem o intento de cruzar informações sob o viés do paradigma da segurança e do encarceramento. Contudo, não parece haver similar interesse – e esforço – no uso desta mesma expertise, quando se trata da proteção da dignidade de indivíduos e do zelo pelos direitos humanos da população carcerária, e, em especial, dos grupos vulneráveis aqui abordados. Ainda prevalece, apesar dos muitos avanços, uma postura de invisibilização e negação dessas violações.

Este ponto quanto ao monitoramento é crucial, posto que não é possível saber, com exatidão, quais as medidas serão as mais eficazes para amenizar as vulnerabilidades dos grupos estudados, quando o déficit de informação é tão grande e notório, o que, por si só, denota uma grave e generalizada violação de direitos humanos.

Dentre outras causas como corrupção sistêmica, e ausência de dados confiáveis e abrangentes, a falta de efetividade, também está associada (i) à dimensão continental brasileira e às dificuldades e desigualdades regionais, que, num contexto de pandemia, foram ainda mais acirradas; (ii) a ausência de vontade política unidirecional em prol da proteção dos direitos humanos destes indivíduos (a disputa por poder e a disputa de



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes

hegemonia narrativa se colocam como obstáculo às iniciativas que demonstram maior sensibilidade com as pautas dos grupos vulneráveis aqui estudados);

Algumas políticas públicas e avanços normativos ocorreram – e ainda estão ocorrendo - para permitir que esses grupos vulneráveis gozem de seus direitos, de acordo com padrões estabelecidos pela normativa interamericana, no entanto, a elaboração e a aplicação de normas mais progressivas e protetivas aos indivíduos encarcerados encontram uma atual e considerável resistência no seio político. Tal resistência, inevitável e infelizmente, ecoa na atual elaboração de leis mais severas e na desconstrução de políticas públicas que instrumentalizam o princípio da isonomia e todos os direitos humanos afetados pela privação da liberdade.

Nesse sentido, é essencial que a implementação, instrumentalização e efetivação dos direitos humanos sejam menos afetadas pelas ingerências políticas que tendem para a reificação do indivíduo e do sistema penal e a desumanização das pessoas encarceradas. Há de se cogitar de estratégias mais tangíveis, e por isso, mais eficazes, de engajamento, de um lado e responsabilização, de outro. A simplificação de processos, a redução de burocracias, a gestão responsável de tecnologias e a valorização de carreiras que lidam diretamente com a população carcerária, podem ser caminhos para uma mudança de cultura no âmbito dos órgãos envolvidos.

Este parece não ser um fenômeno isolado em relação a outros países das Américas. Há de se tomar mais providências, não só campo simbólico, mas também - imprescindivelmente - no campo prático, de modo a potencializar a recuperação e proteção da dignidade de indivíduos em extrema vulnerabilidade interseccional.

Para além da lógica essencial de combate à discriminação, é preciso que haja o reconhecimento de vivências individuais que superem o paradigma heteronormativo. Para se manter um regime de tratamento igualitário e justo no contexto das pessoas privadas de liberdade, é necessário efetivamente promover diferenciações de caráter protetivo e garantidoras dos direitos e garantias fundamentais.



Matheus Presotto e Silva



Raquel Castilho da Silva



Vinicius Villani Abrantes