

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

ANA PAULA MOTTA COSTA

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Gustavo Noronha de Avila; Gabriel Antinolfi Divan. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-688-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em 15 de Novembro realizamos mais uma edição do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”. Já são cinco anos de presença do GT em todos os eventos do CONPEDI, sempre com expressiva adesão da comunidade acadêmica.

“Crimes contra a Liberdade Religiosa”, de Roberto Baggio Berbicz e Guilherme Ferreira Colpo, discutiram a legitimidade da tutela penal neste particular. Discutiu-se as (im) possibilidades de tutela e conflitos entre liberdade de expressão e a religiosa, em uma análise a partir da dogmática penal e constitucional.

Há poucas publicações brasileiras acerca dos limites éticos das pesquisas criminológicas, tendo em vista esta especificidade, Bruna Lazaretti e Gustavo Noronha de Ávila, tratam do tema em “Ética na Pesquisa Criminológica: um Panorama Brasileiro”. É discutido o estado da arte acerca do tema, bem como a normatização pátria e a comparada.

A partir do paradigma da seletividade penal, característica das mais importantes da criminologia crítica, Eduardo Tedesco Castamann e Gabriel Divan, analisam os limites do discurso abolicionista em uma perspectiva centrada nos crimes que nem sempre são objetos de apuração pelo sistema penal.

Em pesquisa empírica, realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Gabriela Favretto Guimarães e Ana Paula Motta Costa, discutem o conflito entre a Pichação e o sistema penal. São trazidos não apenas argumentos dogmático-penais, como também a partir da filosofia da arte, apontando os limites (ou falta deles) para os processos de criminalização.

Maria Tereza Soares Lopes, em “A Descriminalização do Aborto no Brasil: breve análise do HC 124.306/RJ e de sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.”, trava discussão acerca de importante caso concreto que traz a possibilidade de uma quarta hipótese de afastamento da lei penal para caso de aborto: aquele feito até o 3º mês de gestação. A hipótese discutida é a da legitimidade constitucional para a hipótese, pois os tratados de direitos humanos possuem caráter supralegal, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que contraria a hipótese vencedora no referido julgado.

No texto “A Expansão do Direito Penal Tradicional frente os Novos Paradigmas da Sociedade de Risco”, Camila Morás da Silva e Daniela Favaretto Mattos, analisam os impactos político-criminais das complexidades sociais contemporâneas. Defendem, neste sentido, a visão de Silva-Sánchez quanto à importância do direito penal consciente de suas possibilidades.

Mauri Quiterio Rodrigues debate a ideia de como a intolerância funciona como combustível do combate à criminalidade. Trabalha, em específico, com quem possui mais risco das pessoas serem confundidas com criminosos e qual é o custo social da chamada busca pela segurança.

Flávia Vianna e Maisa Lopes enfrentam o tema da aplicação do princípio da insignificância ao policial militar, quando cometer o delito do art. 28 da Lei Drogas. Concluem, de acordo com critérios castrenses, que não seriam possível.

“A Norma que Pune: Direito, Castigo e a Causa Negra no Brasil”, de Fábio dos Santos Gonçalves e Bruno Rotta Almeida, analisam as criminalizações dos negros em nosso país. Partem de uma contextualização histórico-política e seus impactos na região Sul do Rio Grande do Sul. Demonstram como as alterações legislativas não significaram o abrandamento da histórica criminalizações dos negros.

Os rumos da política criminal cautelar brasileira, cujo dispositivo mais consagrado é a prisão preventiva, são discutidos no texto “A Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva: apontamentos sobre a Reforma do CPP no Brasil” de Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido. É destacado que o “fundamento” da ordem pública segue sendo previsto na redação atual do chamado “novo CPP”, com a devida crítica à esta permanência.

A discussão acerca da teoria da associação diferencial, em Sutherland, e sua aplicação no Brasil é trazida por Letícia Silva da Costa e Janaína Thais Daniel Varalli. Desde a discussão do Primeiro Comando da Capital e os impactos destes na violência urbana, as autoras trazem a referida teoria como possibilidade de explicação das interações daquele grupo.

Nem sempre o debate político-criminal brasileiro está assentado em hipóteses de realidade. Esta é a questão trazida por José Wilson Ferreira Lima, em “Análise de Critérios para a

Elaboração da Política Criminal pelo Parlamento Brasileiro”, demonstrando a inadequação dos Projetos de Lei Substitutivos n. 149/2015 e n. 279/2018 com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A partir do documentário “Cortina de Fumaça”, Sara Alacoque Guerra e Paulo Thiago Fernandes Dias, discutem o proibicionismo de drogas. Destacam como o discurso de guerra às drogas reforça a seletividade estrutural de nosso sistema, desde um diálogo com o referencial da criminologia crítica.

Dentro de uma apreciação constitucional, Tainá Fernanda Pedrini e Pollyanna Maria da Silva, discutem o complexo tema da prática por indígenas de homicídios culturalmente motivados. Em acordo com suas premissas teóricas, realizam a crítica da possibilidade do homicídio, utilizando o espectro dos direitos humanos.

Na sequência, temos o texto “Da Atipicidade das Condutas dos Crimes de Resistência, Desacato e Desobediência: uma análise fundamentada na criminologia crítica e no garantismo penal”, de Bárbara Amelize Costa e Pablo Alves de Oliveira. Os autores discutem as (im)possibilidades de criminalização de condutas que poderiam diferenciar demasiadamente Estado e indivíduo.

Um balanço dos três anos de vigência da qualificadora referente ao feminicídio, é proposto por Valdir Florisbal Jung. Mesmo depois da nova hipótese de criminalização, a pesquisa constatou o aumento no número de feminicídios e discute, a partir disto, encaminhamentos para a sua efetividade.

A partir dos pressupostos da teoria (criminológica) crítica de Richard Jackson, Caroline Bussoloto Brum analisa a (in)existência do narcoterrorismo no Brasil. Analisa o PCC como possível exemplo narcoterrorista, chegando a conclusão de que não seria o caso, pois o grupo não tem como objetivo a alteração do sistema político-econômico.

Bruna Vidal Rocha e Dani Rudnicki discutem a questão do patriarcado no contexto do sistema de justiça criminal. Desde um caso concreto, problematizam também questões raciais e estrutural-econômicas aplicadas ao exemplo discutido.

As inseguranças do presente são discutidas em “Segurança Humana: da origem à obrigatoriedade de ações de proteção por parte do Estado”. Defendendo uma análise interdisciplinar do fenômeno da violência, os autores constataam a centralidade da segurança pública na ciência criminal.

“Tutela Jurídica do Idoso em Contexto Prisional”, de Warley Freitas de Lima e Randal Magani, traz a discussão acerca de uma população, no contexto carcerário, duplamente vulnerável: o idoso. O tema não é frequentemente tratado, sendo que o texto demonstra o crescimento do número de idosos no cárcere brasileiro e a ausência de tratamento adequado desse grupo.

Temos, assim, um corpo heterogêneo de importantes trabalhos que contribuem decisivamente à criminologia brasileira.

Desejamos a todos/as uma excelente leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Avila – UNICESUMAR

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. Dr. Ana Paula Motta Costa - UFRGS / UniRitter

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TUTELA JURÍDICA DO IDOSO EM CONTEXTO PRISIONAL
LEGAL TUTURE OF THE ELDERLY IN PRISONAL CONTEXT

Warley Freitas De Lima ¹
Randal Magnani ²

Resumo

O presente estudo objetiva tecer considerações sobre a tutela do idoso em contexto prisional, analisando as representações dos reclusos em torno do conceito de envelhecimento, estudar a passagem do tempo, na prisão, dos presos considerados idosos, investigar os possíveis impactos da privação de liberdade nessa população e explicar sobre a sua reinserção na sociedade. Assim, o presente trabalho discute a tutela jurídica do idoso em contexto prisional.

Palavras-chave: Idosos, Encarceramento, Tutela jurídica do idoso, Dignidade da pessoa humana, Hipervulnerabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to analyze the role of prisoners in the context of prisons, analyze prisoners' perceptions of the concept of aging, study the passage of time in custody of prisoners considered elderly, investigate the possible impacts of deprivation of liberty in prison. population and explain their reintegration into society. Thus, this paper discusses the legal protection of the elderly in a prison context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Seniors, Incarceration, Legal guardianship of the elderly, Dignity of human person, Hypervulnerability

¹ Mestre em Direito pela UNISAL. Pós-graduado em Direito do Estado pela (UGF). Professor de Direto da UNIVAP – São José dos Campos (SP). E-mail: warley1966@uol.com.br

² Mestre em Direito pela UNISAL (SP). Mestre em Ciências Militares pela ESAO (RJ). Professor de Direito da Estácio de Sá (RJ). Professor de Direito da AMAN (RJ). E-mail: randalmagnani@yahoo.com.br

1. Introdução

O número de idosos tem aumentado em todo o mundo. Este fenômeno deve-se especialmente a dois fatores: a queda da natalidade e o aumento da expectativa média de vida no planeta. O Brasil integra este cenário, atestando cada vez mais ser um país envelhecido. Em 2017, os idosos já somavam mais de 30 milhões de brasileiros – crescimento de 18% com relação a 2012 (IBGE, 2018).

Seguindo essa tendência, o número de pessoas idosas em cumprimento de pena nas prisões brasileiras ampliou significativamente nos últimos anos. Neste sentido, mostra-se pertinente investigar e buscar compreender, sob um olhar crítico, o envelhecimento em contexto prisional.

A escolha desta temática de investigação deve-se à insuficiência de estudos que articulem o conceito da tutela do idoso no contexto prisional; embora existam diversas investigações centradas na saúde mental do idoso em outras áreas, estas não aliam, no entanto, o tema do idoso ao contexto prisional em específico. Esta temática que envolve a tutela do idoso nas prisões brasileiras merece o devido enfrentamento, notadamente na área do Direito.

Constata-se que são insuficientes os estudos que analisem as regras tuteladas no ordenamento jurídico no que dizem respeito aos idosos. Isto porque, em se tratando de envelhecimento em contexto prisional, as citadas normas encontram-se disseminadas pelo ordenamento jurídico sem efetiva concretização.

O presente trabalho tem como propósito estudar o envelhecimento do indivíduo que tem a liberdade cerceada, para avaliar as políticas públicas para o idoso encarcerado, bem como o estudo de doutrinas e decisões judiciais que estabelecem a correlação entre a norma positivada e as diversas formas de concretizá-las, objetivando sua melhor compreensão pela sociedade em geral.

Destaca-se que o Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo e, ademais, um dos que têm a maior desigualdade social. No quesito encarceramento, fica em terceiro lugar, atrás apenas dos Estados Unidos e da Rússia. Em referência à desigualdade social se posiciona na décima colocação (ONU, 2005).

Nesse intuito, como metodologia da pesquisa mobilizam-se diversas técnicas de recolhimento de dados, notadamente o método de investigação dialético, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, documental e eletrônica. Os dados obtidos são provenientes de fontes diversas, tais como: livros, revistas especializadas e jurisprudência nacional e internacional, por meio dos processos de identificação e compilação.

2. O Envelhecimento em Contexto Prisional Brasileiro

De imediato é importante destacar a questão da igualdade formal e da igualdade material. Na igualdade formal, como o próprio nome escancara, o importante é a “forma” de igualdade, ou seja, todos são tratados da mesma forma, independentemente das peculiaridades que apresenta.

Já na igualdade material, o que importa é a “matéria” (o conteúdo). Isso significa que são consideradas as dificuldades e facilidades de cada indivíduo para que, assim, ele alcance o mesmo patamar da média do grupo.

[...] a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres. (KENSEL, 1962, p. 13).

No contexto do idoso em situação prisional é importante levar em conta a igualdade material, pois são pessoas já fragilizadas pela idade. Em outras palavras, para essas pessoas as agruras do cárcere mostram-se enormemente mais pesadas do que para um jovem.

Dessa lógica surge, por exemplo, o artigo 117 da Lei de Execuções Penais (LEP) de nº 7210/1984 e os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal (CPP). Ambos os dispositivos preveem a prisão domiciliar como alternativa para o idoso.

O artigo 117 da LEP dispõe no inciso I: “ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos” (BRASIL, 1984). Isso quer dizer que, no regime aberto, pode o maior de 70 anos cumprir a penalidade em casa no lugar de fazê-lo na casa do albergado. Para, dessa forma, atenuar os efeitos que a condenação exerce sobre pessoa que, presume-se, já conta com maiores debilidades (MORAES; SMANIO, 2006, p. 189).

Os artigos 317 e 318, ambos do CPP, fixam que “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. [...] Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 anos” (BRASIL, 1941).

A norma supra trata sobre o cumprimento da prisão cautelar no âmbito domiciliar por pessoa com mais de 80 anos. O sentido disso é que o indivíduo, já “em idade bastante avançada” (corroborando o entendimento da Lei nº 13466/2017, que modificou o Estatuto do Idoso no sentido de dar prioridade sobre os demais idosos aos que são maiores de 80 anos), seja poupado dos dissabores da prisão enquanto inexistente trânsito em julgado. “A lei presume

que a existência de longo tratamento ou, ainda, o fato de o rigor do cumprimento da pena agravar a situação do sentenciado, colocando sua vida em risco, possibilitam o cumprimento da pena em sua própria residência” (MORAES; SMANIO, 2006, p. 191).

Ademais, é interessante lembrar que, segundo o Estatuto do Idoso, a pessoa maior de 60 anos tem prioridade na tramitação processual (artigo 71). Isso significa que as longas esperas por uma resolução dada pelo Judiciário – especialmente quando há prisão cautelar – neste caso devem ser atenuadas (BRASIL, 2003). Vale ressaltar que o Estatuto do Idoso, que regula os direitos das pessoas com mais de 60 anos, ostenta inúmeras normas de origem fundamental e programas de atuação.

Em seu Art. 9º, o Estatuto do Idoso ainda estabelece que é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Não existem dúvidas da necessidade de medidas urgentes voltadas à reestruturação do sistema, no intuito de que possa ser resgatada a dignidade dos indivíduos que tiveram sua liberdade tolhida ou restringida pelo Estado, pela imposição de uma pena corporal.

Abordada a questão da igualdade, importante agora expor alguns números. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional a quantidade de idosos vem crescendo: em 2008, havia 3.174 idosos presos; em 2009, 4.076; em 2011, havia 4.856; em 2014, o número subiu para 6.503 (INFOPEN, 2016). Assim, mostra-se importante compreender a situação do idoso no sistema prisional brasileiro – não tratando, portanto, essa parcela da sociedade como tão desimportante que chega a ser “invisível”.

[...] os velhos provocam escândalo quando manifestam os mesmos desejos, sentimentos e reivindicações dos jovens; o amor e o ciúme, neles, parecem ridículos ou odiosos, a sexualidade é repugnante, a violência derrisória. [...] surge aos olhos da sociedade como uma espécie de segredo vergonhoso do qual é indecente falar (BEAUVOIR, 1976, p. 8-12).

Fica evidente que o motivo que mais contribui para o aumento da população carcerária com 60 anos ou mais é o crescimento do número de idosos na sociedade. Todavia, fatores como instabilidade econômica do país, falta de estrutura familiar para abrigar essas pessoas, o natural empobrecimento do sujeito que chega à terceira idade, entre outros aspectos, contribuem para essa realidade (FRANCO, 2011).

Conseqüentemente, o sistema prisional deve adequar-se a esse público que aumenta paulatinamente. Ou seja, a administração, os funcionários e o modo como são pensadas as instalações precisam – agora mais do que nunca – levar em conta a presença do idoso nesse ambiente insalubre.

Infelizmente, não é isso que se observa nos presídios atualmente: a estruturação desses lugares ainda é pensada para os jovens causando, assim, maior sofrimento ao apenado idoso.

Nesse contexto, precisa ser frisado que a lei determinou uma idade que caracteriza o idoso: 60 anos. Todavia, se a análise for feita caso a caso, cada indivíduo alcança a velhice em momentos diversos.

Idade cronológica: é o número de anos que a pessoa viveu. Esse geralmente não é um bom indicador. Alguns presos podem ter sérios problemas de saúde aos 40 anos; outros podem ser relativamente livres de doenças ou incapacitações aos 75. **Idade biológica:** trata-se de uma referência às mudanças de estado físico, químico e funcional que ocorrem normalmente com uma determinada idade. Uma pessoa pode desenvolver artrite aos 40 anos, outra não antes dos 63. Uma terceira pessoa pode nunca desenvolver a doença. A idade biológica individual pode ser muitos anos menos ou mais do que a idade cronológica. **Idade psicológica:** determinada pela função mental da pessoa, capacidade de adaptação, personalidade e outros fatores. Uma pessoa com retardo mental pode ter uma idade cronológica de 53 anos e uma idade psicológica de 7 anos. Muitos presos idosos podem demonstrar pouco ou nenhuma idade psicológica e em alguns casos suas idades psicológicas podem ser iguais ou inferiores às suas idades cronológicas. **Idade social:** determinada pelas mudanças dos papéis sociais e das relações de uma pessoa. Essas mudanças podem acelerar ou retardar o processo de envelhecimento. O casamento e o trabalho geralmente são impactos positivos na vida de uma pessoa e, assim, retardam o processo de envelhecimento. Em contrapartida, divórcio, morte do cônjuge ou o trabalho sob condições de estresse podem acelerar o processo de envelhecimento consideravelmente (SHAPIRO, 2001, p. 23, grifo do autor).

Fica intuitivo deduzir que no cárcere os aspectos relativos à velhice acentuam-se em razão das condições deletérias: superlotação, falta de higiene, precariedade nos tratamentos de saúde, solidão, marginalização, má alimentação, estresse, abusos físicos e psicológicos, são apenas alguns exemplos do que ocorre dentro do sistema prisional (FREITAS, 2016).

Logo, por ser a qualidade de vida dessas pessoas muito inferior daqueles que estão em liberdade, o preso torna-se idoso bem antes do restante da população.

Os pesquisadores variam no tocante à idade para um presidiário ser considerado idoso, mas muitos estudiosos indicam a idade de 55 anos. Essa menor idade limite para uma pessoa encarcerada ser considerada idosa é consideravelmente diferente da população em geral. As principais razões para tanto são a menor expectativa de vida e as condições sanitárias inferiores a que são submetidos os presos idosos (SNYDER et al., 2009, p. 13).

Por todo o exposto, é de clareza solar que a problemática do idoso no contexto prisional necessita de maior atenção do Estado, porquanto essa fração da sociedade sofre com a desestrutura do sistema para tratá-los de forma digna. Essa questão vai muito além da lei; ela precisa ser enxergada e discutida por toda a sociedade.

3. Histórico da legislação relativa ao idoso encarcerado a partir de 1988

A pena privativa de liberdade é a forma mais extremada de controle penal. O regime prisional brasileiro tem por norma regular de modo minucioso todos os momentos da vida do sentenciado, podendo, não raro, despersonalizá-lo (MOTTA, 2011).

É comum entre os idosos a natural deterioração do corpo e, conseqüentemente, os problemas de saúde (físicos e mentais), além da segregação (ALONSO, 2005). No contexto prisional, por constituir-se insalubre, toda essa realidade vem de forma bem mais cruel.

Conceituando a proteção que a Constituição Federal de 1988 trouxe para pessoa humana, examina-se a fragilidade do idoso dentro dos presídios brasileiros. O artigo 1º, inciso III da Carta Magna, traz o princípio da dignidade da pessoa humana: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Assim, segue o conceito de dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Tamanha é a importância do princípio em tela que se pode afirmar que tem como base a dignidade da pessoa humana, as liberdades, as garantias pessoais e os direitos sociais, econômicos e culturais inerentes a todo ser humano (CASTRO apud MIRANDA, 2009, p. 174). Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é um dos mais essenciais pontos de sustentação dos direitos dos idosos, pois basicamente eles versam sobre condições mais dignas para essa parcela fragilizada da população.

Por conta dessa preocupação com a pessoa idosa, a Carta Magna exhibe dispositivos específicos que tratam do referido tema:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores **têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice**, carência ou enfermidade. Art. 230. **A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Outro princípio constitucional é o da humanidade das penas que “sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, 2006, p. 21).

Dessa forma fica claro que o Direito Penal e o Direito Constitucional precisam manter estreitas relações, pois a Constituição é a primeira manifestação da política penal – política essa a qual todo o ordenamento deve adequar-se (ZAFFARONI, 2002, p. 135).

Nesse sentido é muito pertinente compreender que, independentemente dos atos que um indivíduo pratique, ele jamais perde o status de pessoa. “No pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade” (FOUCAULT, 2002, p. 63).

Portanto, dispõe a Carta Magna:

Art. 5º. III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

[...] 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 (BRASIL, 1988).

Ainda há o artigo 5º, alínea 6, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tratado ao qual o Brasil é signatário, “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação do delinquente” (HUMANOS, 1969).

Percebe-se a preocupação do legislador em dar à pena caráter humano e ressocializador. Quando se olha para a questão do idoso, a humanidade da pena torna-se algo de maior gravidade, pois se trata de pessoas que, pela própria idade, são mais debilitadas precisando, assim, de maiores cuidados.

Outro princípio que deve ser tratado nesse quadro é o da legalidade, esculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Isso significa que toda a execução penal deve ser alicerçada em lei. Levando em conta que toda lei deve curvar aos dois princípios anteriormente citados (dignidade da pessoa humana e humanidade das penas), em outras palavras este é um sistema fechado que garante (ou, pelo menos em tese, deveria garantir) o bem-estar da pessoa privada de liberdade. Bem-estar esse que precisa estender-se às necessidades do idoso.

Seguindo esta linha, a Lei de Execuções Penais (LEP), Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, traz formas especiais de tratamento para o idoso, bem como a liberdade de o magistrado analisar caso a caso para, dessa maneira, substituir a forma de execução da pena de acordo com as necessidades do apenado.

Dentro da normatividade da LEP, pode-se constatar que o legislador se refere à pessoa idosa em três momentos distintos, ou seja, o encarcerado dentro do estabelecimento prisional, aos estabelecimentos penais para cumprimento da reprimenda e a possibilidade de cumprimento do regime aberto em estabelecimento domiciliar (BRASIL, 1984).

No ano de 1994 foi criada a Política Nacional do Idoso (PNI) (Lei nº 8.842). Tal norma trouxe à luz o Conselho Nacional do Idoso. Com o grande crescimento do número de idosos no Brasil, o legislador teve maior preocupação com essa parcela da sociedade. Portanto, em 2003, foi concebido o Estatuto do Idoso, instituído na Lei nº 10.741. O Estatuto do Idoso consiste em um compilado de direitos trazidos para tornar a vida do idoso mais igualitária, levando em conta que ele possui necessidades diferentes de uma pessoa jovem (BRASIL, 2003).

Objetivando consolidar as políticas trazidas pelo Estatuto do Idoso, em 2006 foi elaborada a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, Decreto nº 2.528. Tal documento aponta o norte para o tratamento da saúde do idoso brasileiro.

Em 2014 surge a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Com isso, formalmente, a população carcerária foi integrada ao Sistema Único de Saúde (SUS). Isso afeta diretamente a realidade do preso idoso, pois normalmente, quanto mais avançada a idade de uma pessoa, maior a propensão de carecer de cuidados com a sua saúde.

4. Política nacional do idoso

Foi através da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 que foram surgindo as leis que deram aos idosos os seus verdadeiros direitos e garantias. A primeira lei que surgiu para atender às necessidades da pessoa idosa, como mencionado, foi a de nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 estabelecendo a PNI, sendo regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.948, de 3 de julho de 1996, porém, ainda demonstrava ser diminuta e ineficaz em relação à importância econômica, social e jurídica que representa o contingente de idosos.

Referida lei é fruto de reivindicações feitas pela sociedade, sendo resultado de inúmeros debates e consultas ocorridas nos Estados e Municípios, nos quais participaram idosos em plena atividade, aposentados, educadores, profissionais da área de gerontologia e geriatria e várias entidades representativas desse seguimento, que elaboraram um documento que se transformou no texto base da lei (CIELO; VAZ, 2009).

A Lei 8.842 normatizou os direitos sociais dos idosos, de forma a garantir o pleno exercício de sua cidadania. Conforme está destacado em seu primeiro artigo: “a Política Nacional do Idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 2003).

Lamentavelmente, essa legislação não tem sido eficientemente concretizada. Tal diagnóstico se deve a vários fatores, dentre eles: contradições dos próprios textos legais e o desconhecimento de seu conteúdo. A área de amparo à terceira idade é um dos exemplos que mais chama atenção para a necessidade de uma ação pública conjunta, pois os idosos muitas vezes são vítimas de projetos implantados sem qualquer articulação pelos órgãos de educação, de assistência social e de saúde, o que contraria a ideia do capítulo 3º, parágrafo único, da referida lei que determina que os Ministérios das áreas de saúde, educação, trabalho, previdência social, cultura, esporte e lazer devem elaborar proposta orçamentária, no âmbito de suas competências, visando ao financiamento de programas nacionais compatíveis com a PNI (idem, 2003).

Cabe pontuar que a PNI teve um papel primordial ao incentivar e organizar a representatividade dos idosos através da criação institucional dos Conselhos participativos, que teriam funcionamento em âmbito nacional, estadual e municipal. Os mencionados conselhos devem ser formados por igual número de representantes de entidades públicas e organizações da sociedade civil ligadas à área, consistindo assim em uma esfera deliberativa democrática de discussão e mobilização. (ALONSO, 2005):

Percebe-se assim que os Conselhos dos Idosos não são meras esferas de discussão, mas possuem relevantes responsabilidades para a plena efetividade das políticas sociais voltadas para o segmento idoso. A lei menciona, inclusive, as funções de elaboração e avaliação, onde os Conselhos teriam, desta forma, legitimidade para interferir no processo de legislação em relação aos dispositivos voltados para o idoso, assim como teriam o dever de fiscalizar o cumprimento e a eficácia da atuação do Estado no amparo a este segmento. (ALONSO, 2005, p. 73).

Na verdade, não somente com o engajamento de determinados órgãos públicos que os idosos obterão seu reconhecimento e identidade pessoal e social. A Política Nacional dos Idosos tem como objetivo criar condições para promover a longevidade com qualidade de vida, colocando em prática ações voltadas não apenas para a pessoa idosa, mas também para aqueles que irão envelhecer, procurando impedir qualquer forma de discriminação de qualquer natureza contra o idoso, pois ele é o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política (CIELO; VAZ, 2009).

Ao longo do texto legal encontra-se a previsão de outras diversas ações governamentais nas áreas de promoção e assistência social, saúde, educação, trabalho e previdência social, habitação e urbanismo, justiça, cultura, esporte e lazer. A PNI:

[...] bem como os Projetos de Lei 3.561, 1997 e 183, de 1999 consolidam os direitos dos idosos já assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando formas de concretização de instrumento legal capaz de coibir a violação desses direitos e promover a proteção integral do idoso em situação de risco social, retratando as novas exigências da sociedade brasileira para o atendimento da população idosa, sob o pressuposto da manutenção da política nacional do idoso, como norma orientadora da atuação governamental na área (SOUSA, 2011).

Ainda assim existe um abismo entre a lei e a realidade dos idosos no Brasil. Para que a situação modifique é necessário que ela continue sendo debatida e reivindicada em todos os espaços possíveis, pois somente a mobilização permanente da sociedade será capaz de levar até os idosos a esperança de uma nova visão sobre o processo de envelhecimento dos cidadãos brasileiros. Mostrando que envelhecer é um direito de todos.

5. Plano nacional de saúde no sistema penitenciário

A Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, acabou por instituir o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), que é fruto de um trabalho matricial construído com a participação de diversas áreas técnicas dos Ministérios da Saúde e da Justiça e com a participação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O aludido Plano Nacional de Saúde estabelece a inclusão da população penitenciária no SUS garantindo que o direito à cidadania se efetive na perspectiva dos direitos humanos. Não se olvide que o acesso dessa população a ações e serviços de saúde é normatizado e definido pela Carta Cidadã de 1988, pela Lei n.º 8.080, de 1990, que regulamenta o SUS, pela Lei n.º 8.142, de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, e pela LEP n.º 7.210, de 1984.

Cabe frisar que todas as ações e os serviços de saúde definidos pelo Plano Nacional são consoantes com os princípios e as diretrizes do SUS. Os instrumentos de gestão do Sistema que orientam o planejamento e a tomada de decisão de gestores de saúde estão presentes nesse Plano, a exemplo do cadastramento de Unidades dos Estabelecimentos Prisionais no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde.

Mencionado plano foi construído em concordância à discussão da organização de sistemas de saúde e do processo de regionalização da atenção, que pauta o incremento da universalidade, da equidade, da integralidade e da resolubilidade da assistência, princípios norteadores do sistema.

No entanto, as ações e os serviços de atenção básica em saúde serão organizados nas unidades prisionais e realizados por equipes interdisciplinares de saúde. Por outro lado, o acesso aos demais níveis de atenção em saúde serão pactuados e definidos no âmbito de cada estado em consonância com os planos diretores de regionalização e aprovação da Comissão Intergestores Bipartite (CIB)¹ e do Conselho Estadual de Saúde (CES)².

De acordo com o PNSSP, a reorientação do modelo de atenção pautada como prioridade por este Ministério resulta na ampliação do enfoque do modelo atual, centrado na doença, buscando-se, assim, a efetiva integralidade das ações. Essa ampliação é representada pela incorporação do modelo epidemiológico ao modelo clínico dominante. O novo modelo de atenção deve “perseguir a construção da ética do coletivo, que incorpora e transcende a ética do individual, e a articulação necessária com outros setores, afirmando a indissociabilidade entre os trabalhos clínicos e a promoção da saúde” (BRASIL, 2004, p. 11).

Segundo as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU (em 1957), a função da prisão é proteger a sociedade contra o crime, cabendo ao sistema prisional assegurar que quando egressa de lá essa pessoa seja capaz de respeitar a lei e tornar-se produtiva para a sociedade. Para tanto, “é preciso reduzir as diferenças entre a vida intramuros e a vida extramuros, no sentido de garantir-lhe o acesso aos direitos civis que lhe cabem, bem como o exercício de sua cidadania” (idem, 2004, p. 11).

Condições de vida e de saúde são importantes para todos, porque afetam o modo como as pessoas se comportam e sua capacidade de funcionarem como membros da comunidade. Por isso mesmo, as condições de confinamento em que se encontram as pessoas privadas de liberdade são determinantes para o seu bem-estar físico e psíquico. Quando recolhidas aos estabelecimentos prisionais, as pessoas trazem problemas de saúde e vícios,

¹ A Comissão Intergestores Bipartite (CIB) é uma instância colegiada de decisão do SUS integrada paritariamente pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo e por representantes dos Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 1993).

² O Conselho Estadual da Saúde (CES) também é uma instância colegiada do SUS, vinculada à Secretaria Estadual da Saúde, conforme determina o artigo 221, da Constituição do Estado de São Paulo (idem, 1993).

bem como transtornos mentais, que são gradualmente agravados pela precariedade das condições de permanência, alimentação e saúde das unidades prisionais (ibidem, 2004, p. 2).

A realidade normativa permeou a criação do PNSSP, que foi elaborado a partir de uma perspectiva pautada na assistência e na inclusão das pessoas presas e respaldou-se em princípios básicos que assegurem a eficácia das ações de promoção, prevenção e atenção integral à saúde.

Desta feita, os princípios vetores que norteiam e fundamentam o PNSSP, são:

Ética: não só na concepção da honra, da integridade, da credibilidade, mas, sobretudo, do compromisso. **Justiça:** para dar a cada um aquilo que é seu, princípio este que deve valer para todas as pessoas: brancas ou negras, ricas ou pobres, homens ou mulheres, privadas ou não de liberdade. **Cidadania:** na perspectiva dos direitos civis, políticos, sociais e republicanos. **Direitos Humanos:** ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações. Referencial constante de homens e mulheres que buscam uma vida em comum mais humana, com dignidade, sem discriminação, sem violência e sem privações. **Participação:** entendida como a conquista de espaços democráticos.

Equidade: a virtude de reconhecer as diferenças e os direitos de cada um. **Qualidade:** na concepção da eficiência, da eficácia e, essencialmente, da efetividade significa estar plenamente comprometido. **Transparência:** tida como base de uma gestão que precisa prestar contas às pessoas às quais se destinam os programas, os projetos e as ações sociais (BRASIL, 2004, p. 13-14).

Importante pontuar que no referido Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, ao estabelecer as especialidades das equipes que prestarão assistência aos reclusos, constata-se a inexistência de geriatra, mesmo que a população como um todo tenha envelhecido e, não diferente, aumentando a população idosa também no contexto prisional.

Nas unidades prisionais com mais de 100 presos, a equipe técnica mínima, para atenção a até 500 pessoas presas, obedecerá a uma jornada de trabalho de 20 horas semanais e deverá ser composta por médico, enfermeiro, odontólogo, psicólogo, assistente social, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário (BRASIL, 2004, p. 16).

Nota-se que referida ausência certamente acaba por deixar o idoso recluso à mercê de um diagnóstico não especializado, quando há esse diagnóstico, pois em sua maioria os presos que procuram o sistema de saúde prisional são mal vistos – seja pela população carcerária e/ou pela equipe que os assiste – e, quando muito, dos “atendimentos” saem com prescrição de uma aspirina³ (RIBEIRO, 2014).

No entanto, as garantias constitucionais outorgadas aos apenados, consagradas no artigo 5º da Constituição Federal, mostram-se impositivas ao reconhecimento de que, o recolhimento dos reclusos em estabelecimento prisional que não lhes ofereça tratamento de saúde adequado, configura flagrante ilegalidade, ferindo a dignidade da pessoa humana.

³ O ácido acetilsalicílico, chamado abreviadamente de AAS, é um fármaco do grupo salicilato, presente no mercado desde 1899 sob o nome comercial de Aspirina®, da empresa alemã Bayer.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; 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; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988).

Aqui vale mencionar a análise do acórdão proferido pela 2ª Turma do STF ao julgar o Habeas Corpus nº 98675/ES⁴, oportunidade em que foi concedida, por unanimidade, a conversão da prisão preventiva de paciente idoso acometido por grave enfermidade em prisão domiciliar, quando ainda não havia previsão legal para tanto – invocando exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da CF/88. Extraí-se do mencionado julgado que diante da excepcionalidade do caso, a Turma houve por deferir, em parte, a ordem de habeas corpus no qual se discutia se paciente preso preventivamente pela prática do delito de homicídio qualificado, cujo grave estado de saúde se encontrava demonstrado por diversos documentos, teria direito, ou não, à prisão domiciliar nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP). Ademais, ficou enfatizado que a situação do paciente não estaria entre aquelas listadas nas alíneas do art. 117 da LEP, mas a demonstração cabal de que o Estado não teria condições de prestar-lhe a assistência médica de que necessita, para não falecer no cárcere, justificaria a concessão de prisão domiciliar, tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Noutro canto, percebe-se que o STF ao julgar procedente o pedido de prisão domiciliar mencionado na referida decisão, pontuou que não apenas a Carta Cidadã resguarda a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana, mas também o que está previsto no art. 5º, nr 1 e 2⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992⁶.

O artigo 5º da Convenção estabelece o direito à integridade pessoal, inclusive os privados de liberdade pessoal, previsto no artigo 5º, XLIX⁷, da Constituição Federal, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

⁴ Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009.

⁵ Artigo 5. Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

⁶ Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁷ Constituição Federal. Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLIX: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. O respeito à integridade física (biológica), psíquica (mental) e moral (relacionada com a honorabilidade) nada mais significa que expressão da dignidade da pessoa humana (contemplada no art. 1º, III, da CF como fundamento da República Federativa do Brasil). Cuida-se a dignidade humana do valor-síntese do modelo de Estado (constitucional e de Direito) que adotamos. De qualquer maneira, está sempre sujeito a juízos de ponderação, o que conduz a concluir que não se trata de um valor absoluto (GOMES, 2009, p. 39-40).

Resta comprovada com base no citado julgado, que o Estado brasileiro – em algumas áreas como o sistema prisional – não passa de uma ficção, ainda mais quando se trata de pessoas segregadas que no imaginário do senso comum, de fato não merecem nada, absolutamente nada em se tratando de direito. Por fim, não obstante à realidade nacional, a sociedade convive com uma norma não concretizada, em se tratando do PNSSP.

6. Aspectos processuais penais

A LEP dispõe no artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**”. (BRASIL, 1984, grifo nosso).

A ideia de ressocializar o preso tem origem, principalmente, na doutrina cristã: todos têm direito ao arrependimento e ao perdão. Uma prova disso é que o arrependimento do delinquente é levado em conta durante o processo, por exemplo, os institutos do arrependimento eficaz e da desistência voluntária, ambos normatizados no artigo 15 do CP: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados” (BRASIL, 1940).

No caso da desistência voluntária, o indivíduo interrompe a execução (BRANDÃO, 2015). Já quando se trata de arrependimento eficaz, há uma ação que impede que o crime chegue à consumação. O mesmo vale para o arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do CP: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. (BRASIL, 1940).

Esses são exemplos do reflexo da visão cristã de pecado, arrependimento, expiação e perdão nas leis brasileiras. Isso remonta ao passado: na época em que as penas corporais perderam força e emergiram as penas de privação de liberdade. Então, fica claro que, quando se fala de lei, um dos principais aspectos é a cultura:

Toda lei é fruto de um momento político, é o resultado de uma experiência. A experiência, neste caso, é a maneira como foram eludidas as garantias estabelecidas pelas Constituições anteriores. Nós na América Latina temos uma característica que não podemos negar. Somos povos não muito acostumados ao respeito às

instituições. (ZAFFARONI, 2008).

Hoje, ao se enclausurar o agente objetiva-se punir e ressocializar – por meio de ações dentro dos cárceres para a “melhora” desses seres humanos e pelo isolamento para que o indivíduo reflita sobre os próprios atos (remontando à ideia do monastério).

Logo, a pena só se justifica pela execução penal enquanto meio ressocializador, ou seja, uma aplicação da pena para reeducar o agente. Nessa aplicação, deve haver a reintegração do criminoso, pois caso contrário ela perde o sentido (ROXIN, 1986).

Todavia, a realidade das prisões atuais subverte o objetivo da pena, já que os presídios tornaram-se grandes amontoados de párias: por trás das grades estão os indivíduos que a sociedade rejeitou. Isso em razão de ser inegável a relação entre prisão e marginalização. Assim, percebe-se que existe a ideia de ressocialização apenas no papel. E essa realidade de marginalização agrava-se mais ainda após a saída do indivíduo do sistema penitenciário. Afinal, por toda vida ele carregará o estigma de ser um ex-presidiário (RIBEIRO, 2014).

Inversamente do pregado pelo homem médio, de vivência diversa do direito, é certo dizer que a prisão, para quem a conhece, não é regra para reformar o homem, podendo apenas servir como um meio de segregá-lo. Em outras palavras, normalmente ele não consegue se reinserir no mercado de trabalho, na família e na sociedade de forma geral.

Você acredita poder defender o sistema. Você diz: “Existe o Código Penal, que descreve – e limita – as condutas puníveis; existe o Código de Processo penal, que garante que nenhum cidadão poderá ser preso arbitrariamente; os juízes são independentes do Poder Executivo; os processos são Públicos... e os Tribunais velam pela regularidade de todo o procedimento”. Eu sei: é isto que se explica na Universidade. E este tipo de raciocínio, repetido no discurso oficial de outras instituições, é prolatado tal e qual na sociedade pela mídia. Mas, será que todas estas regras formais, todos estes princípios que pretendem edificar uma justiça serena e imparcial, realmente protegem as pessoas de qualquer constrangimento arbitrário? E será que são válidos para a sociedade atual? (HULSMAN, 1981, p. 57).

Agora, usando essa lógica a um idoso, percebe-se que a ressocialização é mais difícil nessas circunstâncias. Em outras palavras, alguém que conta com problemas de saúde, que já não tem força para o trabalho, normalmente com baixa escolaridade, sem família ou sendo visto como um peso para os filhos e netos, entre outras situações agravantes, apresenta menos chances de conseguir um lugar no seio da sociedade (RIBEIRO, 2014).

Portanto, são importantes medidas como a do artigo 117 da LEP, que tentam diminuir os danos causados pela prisão na vida do idoso: nos casos de regime aberto, pode o maior de 70 anos cumprir a pena em prisão domiciliar. Porém, quando não há alternativa e o idoso precisa integrar o sistema penitenciário, deve ser desenvolvido trabalho de atenção

psicossocial no sentido criar uma situação favorável do momento do retorno ao mundo exterior.

Pelo exposto nota-se que, hoje, a pena privativa de liberdade é uma ilusão no que diz respeito à ressocialização, e indivíduos hipossuficientes como o idoso sofrem mais do que os outros em razão do meio insalubre (além da superlotação, há graves problemas como falta de saúde, higiene, alimentação inadequada e epidemias de doenças contagiosas). Assim, não cumpre à pena o papel humanizador e ressocializador que a ela confere a Constituição Federal e a lei ordinária.

A prova do que foi defendido obteve-se na semana do dia 14 de novembro de 2012, quando da ocasião da imposição de pena aos envolvidos no escândalo conhecido como “mensalão”, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, em palestra ao Grupo de Líderes Empresariais em São Paulo, declarou que o Brasil tem um sistema prisional medieval, que não só desrespeita os direitos humanos como também não possibilita a reinserção (BULLA, 2012). E ainda afirmou preferir a morte a ficar preso em uma das cadeias brasileiras por longo prazo.

À proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão. [...]razão esta em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia de força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto: é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter o acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantem as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas. (BECCARIA, 2007, p. 126).

Assim, tendo em vista as maiores dificuldades enfrentadas pelo idoso, deveria o Estado implementar medidas para que essas pessoas gozem de um tratamento mais igualitário e, conseqüentemente, mais justo.

7. Conclusão

Os dados inseridos na base do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística reforçam a relevância e preocupação com a tutela do idoso no Brasil, sobretudo ao considerar-se os indicadores que apontam para um envelhecimento desta população.

Cumprе assinalar que o presente estudo não teve o condão de exaurir todas as dúvidas relativas à tutela jurídica do idoso em contexto prisional, visto que, o vertiginoso aumento das taxas de encarceramento brasileiro concerne com as formas mais severas do aparato repressivo estatal. No Brasil, as prisões passaram a ter medidas disciplinares mais rígidas,

contrapondo à perspectiva da ressocialização, atingindo todas as pessoas privadas de liberdade, inclusive o idoso.

Notou-se que o sistema penitenciário brasileiro e sua relação com o envelhecimento da população segregada, bem como se verificou que o tratamento dispensado ao preso idoso nos estabelecimentos penais sob a gestão do Estado não está de acordo com as regras tuteladas para a pessoa idosa no ordenamento.

Não se pode perder de vista que, apenas com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, a sua tutela ganha status de proteção efetiva, reforçando a necessidade de maior respeito aos cidadãos com mais de 60 anos.

Apurou-se ao longo da investigação a existência de um abismo entre o que o ordenamento jurídico pátrio preconiza, em se tratando de efetiva proteção ao grupo vulnerável, e aquilo de fato vivenciado em ambiente prisional. Uma das principais funções do Estado é a de garantir a dignidade da pessoa humana, de sorte que os direitos fundamentais, portanto, representam a concretização desta dignidade, uma vez que, direta ou indiretamente, visam a proteção ao respeito e o desenvolvimento das pessoas, estejam estas segregadas ou livres.

Na sequência, apresentando uma resposta à problemática deste trabalho, buscou-se uma reflexão acerca da concretização da tutela jurídica do idoso encarcerado. Ao contrário do que se pensa, no Brasil o tema idoso, ou melhor, o Direito do Idoso não se restringe ao estudo do Estatuto do Idoso. Em decorrência da política de encarceramento em massa levada a efeito pelo Brasil, o Estado criou uma normatividade que visa dar proteção ao grupo vulnerável, dentre as quais se pode citar a Política Nacional do Idoso e o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Percebeu-se que existe um descompasso existente entre a Criação do Conselho Nacional de Direitos do Idoso e o sistema prisional, uma vez que o Estado, ao segregar um cidadão – idoso ou não –, praticamente suprime deste toda e qualquer sorte de direito, seja o mais mezinho dentre eles. O Estado brasileiro – em matéria de política criminal – transformou-se num verdadeiro “aspirador social”, no qual o aumento de sua população deve-se mais a uma política de repressão e de criminalização à pobreza do que a uma política capaz de diminuir as ocorrências criminais.

Por fim, urge concluir que, a fim de os direitos dos idosos encarcerados sejam respeitados e concretizados, mister aprimorar-se os mecanismos de fiscalização estatal, retomada do controle do sistema prisional pelo Estado e, principalmente, o desenvolvimento

de campanhas de conscientização, a fim de não se permitir que as leis – por melhores que sejam – não se tornem letra morta.

8. Referências

ALONSO, F. R. B. **Envelhecendo com Dignidade: o Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades**. Niterói: UFF, 2005. 171 p. Dissertação, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005.

BEAUVOIR, S. **A velhice: A realidade incômoda**. São Paulo, Difel. 1976.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, C. R. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, C. **Introdução ao estudo dos direitos humanos**. In: Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

BRASIL **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional-Ministério da Justiça. Infopen/2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) **Relatório Nacional - Infopen/2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em 04 de setembro de 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP)**. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <<http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/publicacoes/pnssp.pdf>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Dados sobre o Envelhecimento no Brasil**. Coordenação Geral dos Direitos do Idoso. Brasília. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoonoBrasil.pdf>> Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal, 2014.** Brasília, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Brasília, jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. **Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Brasília: Diário Oficial da União, out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

BULLA, Beatriz. **Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para a cadeia.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

CIELO, P.F.L.D; VAZ, E.R.C. **A legislação brasileira e o idoso.** Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

EFING, A. C. **Direitos dos Idosos: tutela jurídica do idoso no Brasil.** São Paulo: Editora LTr. 2014.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 24. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, A.P. **Réus com mais de 70 anos têm pena atenuada.** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/reus-com-mais-de-70-anos-tem-pena-atenuada-enf086fwpcbadcof2cayvtkc>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

FREITAS, H. **Precisamos falar sobre o sistema prisional brasileiro.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/07/precisamos-falar-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

GOMES, L.F.; CUNHA, R.S. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica – 2 ed. rev., atual e ampl.** In: Revista dos Tribunais, 2009 – Coleção ciências criminais; v 4, 2004.

HULSMAN, L.; CELIS, J. B. de. **Penas perdidas: Sistema Penal em questão.** 2ª Edição. Editora Luan: Rio de Janeiro, 1981.

HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS. **Convenção americana sobre direitos humanos.** 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística). **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional.** vol. IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, A.; SMANIO, G. P. S. **Legislação Penal Especial.** Série Fundamentos Jurídicos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, M. B. **Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ONU. Apesar de baixa fertilidade, mundo terá 9,8 bilhões de pessoas em 2050. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/apesar-de-baixa-fertilidade-mundo-tera-98-bilhoes-de-pessoas-em-2050/> acesso em 04 de setembro de 2018.

_____. **Declaração universal dos direitos humanos.** Paris, dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

_____. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2005.** PNUD. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-hdr-portuguese-2005.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

RIBEIRO, J.S. **Sistema Carcerário Brasileiro.** A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<https://jucienesouza.jusbrasil.com.br/artigos/129905259/sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

ROXIN, C. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.** 1ª Edição. Editora Veja: São Paulo, 1986.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2001.

SHAPIRO, B. **America's Aging Prison Population: Issues & Alternatives.** In: Offender Programs. Social and Behavioral Rehabilitation in Prisons, Jails and the Community. v. 5, n. 2, p. 17-32, Jul.-Aug. 2001.

SNYDER, C. et al. **Older Adult Inmates: The Challenge for Social Work.** Social work, v. 54, n. 2, p. 117-124, 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19366160>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

SOUSA, A. M. V. **Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar.** Campinas: Alínea, 2004.

ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 2. ed.** Rio de Janeiro: Renavan, 2003.