

A Prisão Preventiva Como Medida Cautelar Ante o Encarceramento Feminino: Os Alcances do Aprisionamento na Perspectiva Do Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹

Grazielly Soares da Silva²

Juliana Silva de Carvalho³

RESUMO

A abordagem temática levantada neste estudo volta-se à análise da prisão preventiva de mulheres, tanto a partir das tratativas judiciais que essa questão recebe no Brasil, quanto da sua compreensão pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* (SIDH). Ao passo que o *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* persegue essa discussão, com a devida especialidade, de forma a fomentar que o encarceramento feminino deva estar condicionado a uma ótica de gênero, o Brasil enfrenta sérios problemas para vislumbrar a questão carcerária sob essa perspectiva, estendendo-a e aplicando-a indistintamente, mesmo quando se tem em voga a execução da prisão preventiva. É nesse contexto que se faz uma análise da aplicação da prisão preventiva destinada às mulheres à luz do que designa o SIDH, tanto a título de recomendações incorporadas em seus relatórios acerca da aplicabilidade da prisão preventiva, quanto, também, sob a ótica jurisprudencial que circunda a referida temática.

¹ Data de recebimento: 14/07/2018. Data de aceite: 18/06/2018.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora da linha de Direito Penal Internacional do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI). Membro-pesquisadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC). E-mail: julianacarvo@gmail.com

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Estagiária no escritório Viana Peixoto Advogados Associados. Membro-pesquisadora da Sociedade Acadêmica Fran Martins. E-mail: julianacarvo@gmail.com

Palavras-chave: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Prisão preventiva. Mulher. Maternidade. Encarceramento.*

1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2018, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, concedeu *habeas corpus* coletivo (HC 143641), para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes, ou mães de crianças de até 12 anos, ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal Brasileiro.

A decisão tem um caráter simbólico importante e representa um avanço na percepção da situação das mulheres brasileiras encarceradas gestantes e mães com filhos infantes, à luz do preceito da dignidade da pessoa humana, fundamento axiológico presente na Constituição Federal do Brasil, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como nas recomendações da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A *Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão IDH)* publicou, em setembro de 2017, o *Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América*. Trata-se de uma continuação dos estudos da CIDH sobre o uso excessivo da prisão preventiva, já previsto no *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas* de 2013. Ambos apontam essa questão como um problema crônico em muitos países da região, destacando a disfuncionalidade estrutural que se desencadeia. O *Relatório* de 2017 da CIDH, além de aprofundar as temáticas e recomendações do estudo anterior, destaca uma perspectiva de gênero e um enfoque diferenciado referente às pessoas inseridas nos diversos grupos em situação especial de risco, como mulheres, afrodescendentes, indí-

genas, idosos, pessoas com deficiência e com orientações sexuais ou expressões de gênero diversas.

Nesse caminho, o presente artigo concentra sua análise na perspectiva das mulheres encarceradas preventivamente, em situação de gravidez ou com filhos menores, no Brasil. A problematização está pautada nas discrepâncias entre a legislação internacional de proteção à mulher, e às recomendações da CIDH no que tange aos direitos humanos assegurados às mulheres gestantes, ou com filhos pequenos e a realidade fática destas no sistema carcerário do país.

Em um primeiro momento de abordagem desta pesquisa, far-se-ão considerações acerca do entendimento dos órgãos que compõem o SIDH no tocante à prisão preventiva nas Américas, em particular, em relação ao aprisionamento feminino. Em segundo lugar, um panorama da situação das mulheres encarceradas preventivamente no país, em consonância com o *habeas corpus* coletivo concedido pelo STF. Por fim, uma análise do entendimento e recomendações da CIDH, apontando que a prisão preventiva seja de caráter excepcional, e se encontre limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade. Nisto, há uma abordagem normativa e jurisprudencial da temática no plano nacional sob a luz do que designa os aparatos e precedentes jurídicos internacionais, especialmente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Põem-se em pauta, pelo menos, três assuntos de especial relevância aos órgãos de proteção dos direitos humanos nas Américas: a proteção à mulher, que sofre de forma desproporcional os efeitos do encarceramento; a garantia dos direitos das crianças que dependem das mães presas; e a banalização da prisão preventiva no Brasil.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Assevera Nereu José Giacomolli (2017, p. 13) que o processo de humanização do processo penal reclama uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida “como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano, inclusive o excluído da sociedade do bem-estar, o maior incluído no sistema criminal através do processo penal”.

Um dos instrumentos assecuratórios de humanização do processo penal tem sido os tratados internacionais de direitos humanos, e a atuação dos órgãos regionais de proteção aos direitos humanos, como os que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão IDH é um órgão autônomo da *Organização dos Estados Americanos* (OEA), cuja competência se estende a todos os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴, bem como aos Estados Membros da OEA, consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

A principal missão da Comissão é promover a observância e a proteção dos direitos humanos no continente americano, atuando de diversas formas, tais como, fazer recomendações aos Estados-partes, com medidas que garantam a proteção a esses direitos; solicitar aos governos informações a respeito da aplicação da Convenção Americana; submeter um relatório anual à *Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos*. Além disso, aponta Flávia Piovesan (2010, p. 259) que importante função da Comissão Interamericana é a de análise das comunicações propostas “por indivíduos ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados Membros da OEA, contendo denúncias de violações aos direitos hu-

4 O Estado, ao se tornar parte na Convenção, aceita automaticamente (ipso facto) a competência da Comissão Interamericana para examinar e investigar as comunicações apresentadas.

manos por parte do Estado que dela seja parte, consonante preleciona o artigo 44 da Convenção Americana”.

O Brasil ratificou a Convenção em setembro de 1992, e aceitou a competência da Corte IDH em outubro de 1998, incorporando-a à legislação nacional, conforme o decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002 (BRASIL, 2002). Ao assumir esse compromisso, o Brasil pode torná-lo eficaz em, pelo menos, três perspectivas:

Primeiro, com a utilização da jurisprudência da CIDH (função jurisdicional) e das opiniões consultivas na interpretação dos casos penais internos de cada país. Segundo, com o controle difuso da convencionalidade, a ser exercido pelos magistrados, em cada caso concreto, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF, tendo como um dos seus fundamentos o art. 105, III, a da CF. Por fim, no controle concentrado ou abstrato de convencionalidade, a ser realizado pela CIDH, em sua jurisdição contenciosa e consultiva, e pelos Tribunais, após a EC nº 45/2004, conforme suas competências, legitimidades, procedimentos e mecanismos internos utilizados no controle de constitucionalidade das leis. (art. 5º, §3º, CF) (GIACOMOLLI, 2014, p. 27).

A incorporação da Convenção Americana ao direito brasileiro, assim como as obrigações assumidas pelo país perante o Sistema IDH, como aponta Cançado Trindade (2006, p.403), demonstram a realidade atual de aplicação e interpretação do Direito, em que os ordenamentos jurídicos internacionais e internos mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma - de origem internacional ou interna - que em cada caso melhor proteja o ser humano.

No século passado, Norberto Bobbio (1999, pgs. 96-97) afirmava que a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária. Se o Estado Democrático de Direito é reconhecível pela aplicação de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, com mais verdade é tanto mais justo, quando sua prioridade são aqueles em situação de maior vulnerabilidade, como na realidade das mulheres no sistema carcerário brasileiro.

2.1 As recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para redução da prisão preventiva

O *Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva nas Américas* apresenta uma vigorosa pesquisa sobre a situação da prisão preventiva nas Américas, e estabelece algumas medidas a fim de reduzir sua utilização, nos âmbitos legislativo, administrativo e judicial. O *Relatório* ainda discorre sobre as medidas alternativas à prisão preventiva.

Estes pontos já haviam sido apontados no *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas* de 2013. A novidade, por sua vez, fica a cargo do tópico referente à situação carcerária das mulheres, e outras pessoas pertencentes a grupo em situação de risco. Há uma justificativa para isso. Segundo a CIDH (2017, p. 127):

As mulheres sofreram um quadro de discriminação histórica e estereótipos, que resultam em formas de desvantagem sistemática, e incrementam a exposição de mais da metade da população a ser vítima de atos de violência física, sexual e psicológica, e de outros tipos de abusos.

Essa condição é acentuada, quando analisada sob a perspectiva do cárcere. Mercedes Jabardo (1993, p. 94), quando diretora geral das instituições penitenciárias de Madrid, esclarece que os estudos sobre as mulheres, no contexto da prisão, encerram dois aspectos distintos, diferentemente significativos, mas que se relacionam entre si: a própria condição de mulher e a de mulher presa.

Estas dos condiciones deben orientar nuestra actuación en las prisiones sobre todo a la hora de programar actividades y planificar actuaciones. Para ello hemos de tener en cuéntala diferenciación de roles sociales entre el hombre y la mujer, los aspectos distintos que nos ofrece la consideración de la delincuencia masculina y femenina, y sobre todo hemos de tener muy en cuentalas diferencias que existen en las formas de comportamiento, en la forma de resolver los conflictos y problemas, y en las necesidades que presenten.

Em relação às mulheres gestantes, ou que têm filhos pequenos, aponta a CIDH que seu encarceramento causa consequências severas para suas filhas e filhos, e para as pessoas que estão sob seus cuidados, como pessoas com deficiência e pessoas idosas. Desse modo, entende a CIDH (2017, p. 131-2),

...que a ruptura de laços de proteção causada pelo encarceramento de mulheres resulta que as pessoas sob seus cuidados fiquem expostas a situações de pobreza, marginalidade e abandono, as quais, por sua vez, podem provocar consequências a longo prazo, tais como seu envolvimento em organizações criminosas.

Os estudos e recomendações da Comissão seguem em consonância com o Relatório feito pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, que constatou que 96% das mulheres privadas de liberdade na América Latina são mães. (LOPEZ, 2006, p. 28.) Assim sendo, a CIDH recomenda que os Estados se utilizem das prisões preventivas como ultima ratio⁵, sobretudo com relação às mulheres.

5 Nesse sentido, a Corte IDH tem inúmeros julgados que evidenciam a situação generalizada de abuso na utilização da prisão preventiva nas Américas, destacando-se os seguintes casos: Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, que assentou entendimento da Corte IDH sobre os requisitos da prisão preventiva e que condenou o Equador por ato de prisão do suspeito foi ilegal e arbitrário, deixando o preso incomunicável por 35 dias. Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, que decidiu que, mesmo legal, a prisão preventiva deve atender a outros critérios, quais sejam, razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade. Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Neste caso, decidiu a Corte que a prisão preventiva do acusado só seria devida se cumpridas os pressupostos legais e que fosse emitida por autoridade competente, imparcial, não cabendo, no caso o julgamento do caso (desacato) perante o Tribunal Militar chileno. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, acusados de terrorismo. O acusado permaneceu preso preventivamente por mais de nove anos, em diversos estabelecimentos prisionais, onde foi submetido a isolamento, não recebeu atenção médica adequada nem alimentação suficiente. Decidiu a CIDH que não era possível a prisão preventiva alegando-se somente a "gravidade do delito". Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Caso López Álvarez Vs. Honduras, preso preventivamente por porte de substâncias ilícitas. Apontou a Corte que a privação da liberdade de pessoas cuja responsabilidade criminal não foi definida, por período excessivamente prolongado e, portanto, desproporcional, equivale à antecipação da pena. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Caso Bayarri Vs. Argentina, preso preventivamente por treze anos e submetido à tortura. A CIDH aponta a necessidade de uma duração razoável da prisão preventiva e da obrigação do Estado em zelar para uma condição digna dos encarcerados, rechaçando qualquer tipo de tortura. Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Um caso emblemático sobre a violação aos direitos humanos das mulheres, inclusive mulheres gestantes, julgado pela Corte IDH foi o Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. O caso refere-se à operação denominada “Mudanza 1”, que oficialmente consistia na transferência das 135 mulheres, que se encontravam presas no presídio Miguel Castro Castro para uma outra unidade prisional. Conforme se constatou posteriormente, tratava-se de um atentado premeditado, cujo objetivo principal era a perseguição de presos políticos, no contexto da ditadura de Fujimori. Segundo sentença da Corte, ocorreram, na ocasião, ameaças de atos sexuais, ‘manuseios’, insultos com conotações sexuais, nudez forçada, pancadas nos seios, entre as pernas e glúteos, pancadas no ventre de mulheres grávidas, e outros atos humilhantes e daninhos que foram uma forma de agressão sexual. A condenação do Peru é um marco no entendimento da situação carcerária, visto que a Corte reconheceu que a violência contra a mulher tem consequências físicas, emocionais e psicológicas devastadoras para elas, que se veem agravadas no caso de mulheres detidas.

Os Estados devem, assim, primar pela substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, que incorporem a perspectiva de gênero em todas as suas dimensões e, se for o caso, do enfoque do interesse superior da criança, em atenção à Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, e da proteção especial sobre pessoas pertencentes a grupos em situação especial de risco.

As medidas de reinserção dessas mulheres à comunidade, também deve ser pauta prioritária, a fim de que se possibilitem várias opções para resolver os problemas mais comuns, que provocam o contato destas mulheres com o sistema de justiça criminal, tais como, tratamento psicológico, e programas de educação e capacitação para aumentar suas possibilidades de emprego.

Em suma, é preciso que o trato das mulheres no sistema carcerário seja direcionado numa perspectiva de gênero, de modo a abarcar todas as peculiaridades das condições das mulheres na sociedade,

sobretudo àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade e que têm encargos da condição de maternidade. As mudanças devem ser legislativas, administrativas e judiciais, implementando uma cultura em que a prisão preventiva seja o último recurso para punição, em consonância com a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

3 O ENCARCERAMENTO FEMININO A TÍTULO DE PRISÃO PREVENTIVA: APLICABILIDADE E EXERCÍCIO DA MATERNIDADE

As ciências sociais e humanas têm mostrado estudos precipuamente metodológicos e analíticos do que é ser mulher, mãe e em situação de privação de liberdade no Brasil. No entanto, perfaz uma jovem e recente trajetória de pesquisas e análises científicas, pois datando aproximadamente dos anos 2000 com o trabalho pioneiro da socióloga Julita Lembruber (1998), o encarceramento feminino ainda possui muitas questões facetadas por incógnitas, principalmente quando é temática deslocada para o âmbito da política e da justiça criminal.

O desvirtuamento da natureza e da finalidade do aprisionamento provisório é um problema das Américas, e que enraizam fortes ataques às garantias fundamentais e aos direitos humanos, especialmente no Brasil.

É necessário, no entanto, perseguir-se o fato de que a vulnerabilidade feminina se agrava, quando isso se soma ao fato de ser ela mãe, pois os efeitos se estendem tanto ao exercício de sua maternidade quanto à própria criança, que se encontra enclausurada. Afeta-se, então, o exercício da maternidade, bem como da sua liberdade sexual que se vê limitada pela inadequação da estrutura prisional do país.

3.1 A natureza jurídica da Prisão Preventiva contraposta à sua aplicação desmedida

O instituto da prisão preventiva, especialmente no plano, e em consonância com os padrões da Comissão IDH assinala um cunho estritamente cautelar, de forma que sua utilização deve funcionar como um instrumento de auxílio a um efetivo provimento da persecução penal. Devendo ser a ultima ratio do sistema de medidas cautelares penais, a aplicação da prisão preventiva deve seguir requisitos específicos e se adequar à situação concreta. Nesta senda, o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis* devem ser enquadrados à realidade fática em voga, e sempre de acordo com a necessidade que a mesma clama. Nisto, assevera Claus Roxin (2000, p. 258) que a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual, estando com o Estado a função de equilibrar dois grandes bens jurídicos, quais sejam, assegurar a ordem por meio da persecução penal, e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Para isso, afirma o doutrinador que o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário.

O Brasil, com a promulgação da Lei nº 12.403/11, reformou drasticamente a aplicabilidade das medidas cautelares no Brasil, constituindo a prisão preventiva, de fato, como a última medida a ser acionada. A redação legal brasileira, que alude às medidas cautelares, prima pela aplicação de medidas diversas da prisão, quando dispõe que a prisão preventiva somente será adotada nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes⁶.

Nisso, há que se verificar o que denota diversas lições a respeito, tanto ao se analisar o Código de Processo Penal, quanto ao se evidenciar diversos estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de

⁶ Artigo 310, II da Lei 12.403/11: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; [...]”.

Ciências Criminais (IBCCRIM), como requisitos específicos atinentes à decretação da prisão preventiva. Portanto, devem-se levar em conta dois referenciais, pela perspectiva do art. 312 do Código de Processo Penal para que a prisão preventiva possa se configurar, quais sejam, o indício suficiente ou mesmo prova de que o réu ou investigado cometeu algum crime, ou quando sua permanência em liberdade representar risco à persecução penal quanto à instrução processual ou aplicação da lei penal, à ordem econômica ou a ordem pública.

A persecução penal que vislumbra o polo passivo da figura feminina revela um campo ainda mais restrito de permissividade de aplicação dessa cautelar, quando a conveniência da situação propuser a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Trata-se do Marco Legal da Primeira Infância, em vigor desde 2016, com a Lei nº 13.257/16, por meio da qual o Código de Processo Penal, em seu art. 318, passou a permitir que o magistrado converta a prisão preventiva em domiciliar para gestantes e mulheres com filho de até 12 anos incompletos, um aparato normativo que traz à baila a flexibilização dos requisitos originários que já, por si, poderiam ensejar a concretização de uma prisão preventiva.

Embora tenha havido referida reformulação normativa, o que se observa é a aplicação restrita e ínfima dessa alternativa legal, fato de fácil averiguação, vez que basta a leitura de alguns julgados de alguns tribunais brasileiros, para se constatar a possibilidade de permanência da mulher mesmo nessas condições pessoais, fundamentados, por vezes, na inadequação da residência da ré para que pudesse haver a conversão da preventiva em domiciliar.

3.2 Exercício da maternidade e da personalidade feminina na estrutura prisional brasileira

A estrutura carcerária brasileira é caracterizada pela precariedade e insuficiência física, para permitir uma vivência que não reduza

qualquer indivíduo a condições subalternas. Somado a isso, tem-se a superlotação das unidades penitenciárias e prisionais, mazela crônica e intrínseca a essas ambiências.

Nos ditames do aprisionamento, a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, perfazendo um percentual de 74% das unidades, enquanto que apenas 7% das unidades são adequadas à receptividade de mulheres, restando um percentual de 16% de unidades mistas⁷. Nesta senda, o que se pode claramente depreender deste panorama é que, além de se constatar uma estrutura já defasada, o que se tem também é uma deficiência de disponibilidade. Noutra giro, o aprisionamento feminino também põe na ementa deste debate o exercício da maternidade. Além de ainda existirem estabelecimentos mistos custodiando, indistintamente, homens e mulheres, havendo apenas segregações em termos de alas ou celas, estes mesmos espaços demonstram uma patente inadequação de infraestrutura para comportar a mulher em exercício de maternidade.

A vulnerabilidade da mulher já é fator inerente a sua condição de prisão, por ora mencionada como pertencente a grupos em situação especial de risco pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quanto mais no exercício da maternidade sob a sombra do encarceramento. Delineando esta situação, os desenhos gráficos elaborados pelo INFOPEN Mulheres (2016) mostram a ínfima quantidade de estabelecimentos que comportam celas adaptadas ao uso de gestantes e a existência de espaços que possam suportar adequadamente seus filhos:

⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho 2016.

Tabela 1: Estabelecimentos penais que têm cela/dormitório adequado para gestantes.

UF	Unidades que têm cela/dormitório para gestantes	
	N	%
AC	1	33%
AL	1	33%
AM	2	18%
AP	1	100%
BA	1	14%
CE	1	3%
DF	1	100%
ES	4	57%
GO	5	10%
MA	1	17%
MG	3	3%
MS	4	33%
MT	1	11%
PA	2	25%
PB	3	60%
PE	3	50%
PI	0	0%
PR	1	14%
RJ	2	25%
RN	0	0%
RO	3	18%
RR	0	0%
RS	1	6%
SC	6	43%
SE	1	50%
SP	7	32%
TO	0	0%
Brasil	55	16%

Fonte: Infopen, 2016, pag. 30.

Tabela 2: Estabelecimentos penais que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil.

Unidades que têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil			
UF	N	%	Capacidade de bebês
AC	1	33%	2
AL	1	33%	8
AM	2	18%	10
AP	1	100%	0
BA	2	29%	4
CE	1	3%	15
DF	1	100%	11
ES	5	71%	28
GO	3	6%	10
MA	1	17%	15
MG	1	1%	2
MS	2	17%	25
MT	1	11%	5
PA	2	25%	17
PB	2	40%	11
PE	2	33%	16
PI	0	0%	0
PR	2	29%	23
RJ	1	13%	20
RN	0	0%	0
RO	1	6%	14
RR	0	0%	0
RS	2	13%	31
SC	4	29%	11
SE	1	50%	6
SP	10	45%	183
TO	0	0%	0
Brasil	49	14%	467

Fonte: Infopen, 2016, pag. 32.

Diante da expressão de todo esse panorama, resta explicitada a desproporcionalidade de decretação da prisão preventiva, de pronto, em específicas situações. A aplicação dessa medida cautelar prisional deve pautar-se em uma perspectiva de gênero, de modo a preservar

a subjetividade da mulher como tal, e permitir o desenvolvimento de suas respectivas relações materno-filiais.

A submissão da mulher à privação de liberdade provisória fora de uma razoabilidade conduz-lhe a um sofrimento ultrajante, principalmente, quando se tem uma clara disfuncionalidade estrutural no sistema prisional brasileiro para a custódia feminina. Tem-se, com isso, uma expressa afronta ao Princípio do Tratamento Humano e ao Princípio da Posição de Garante do Estado, parâmetros e postulados fundamentais estabelecidos pelo *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* em explícita abordagem na *Convenção Americana de Direitos Humanos* no que tange ao tratamento do preso e, especialmente sustentado pelo *Relatório sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas* e pelo *Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas*.

4 MULHERES MÃES EM SITUAÇÃO DE PRISÃO: ASPECTOS JUDICIAIS NACIONAIS E A PERSPECTIVA DE GÊNERO

O Marco Legal da Primeira Infância traz consigo uma nova percepção do encarceramento feminino quando situa o exercício da maternidade em sua essência, representando, portanto, significativo progresso na tratativa desta temática. Porém, o que tem se tem observado, em termos práticos, é a diminuta aplicabilidade dessa disposição normativa, vez que, mesmo envolta de circunstâncias que lhe conferem o cabimento da prisão domiciliar, a mulher é obstada da concessão desta medida. Visualiza-se isso em concreto quando, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça criar precedentes para o enraizamento do desprezo ao novo desenho normativo trazido por essa lei, a exemplo do ocorrido com uma mãe lactante e de cinco filhos detida pelo porte de 8,5g de maconha, que teve seu pedido negado pela referida corte, especificamente pela presidente Laurita Vaz, de responder o processo em casa⁸.

⁸ Nexo Jornal. Expresso. Porque a Justiça mantém mães sem condenação na cadeia. Entrevista com a Defensora Maira Diniz. Disponível em <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/02/15/>>

Perante esse cenário, o Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo a todas as mulheres grávidas, mães de crianças de até 12 anos e de filhos com deficiência, que se encontravam presas provisoriamente, sem condenação⁹. Esta decisão do STF traz um importante precedente: o reconhecimento de que uma gravidez em cárcere é uma gravidez de risco. Isso se confere não somente pelo fato de se ter abordado, argumentativamente, na peça de habeas corpus, que ensejou essa decisão, mas pelo fato de que, para embasar a decisão, o ministro relator Ricardo Lewandowski, determinou a expedição de ofício ao Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), para recolher dados concernentes à estrutura carcerária, que comportava mulheres na situação em questão, os mesmos colacionados em tópico anterior.

A situação das mulheres-mães encarceradas faz parte de uma realidade maior, oportunamente trazida no Relatório pelo ministro, que é a do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional

Por-que-a-Justi%C3%A7a-mant%C3%A9m-m%C3%A3es-sem-condena%C3%A7%C3%A3o-na-cadeia-segundo-esta-defensora>. Acessado em 26/02/2018.

9 HÁBEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HÁBEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. [...]

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. [...]

brasileiro, conforme discutido no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Um outro ponto importante apontado seria a violação constitucional do disposto no artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará para terceiro. Na percepção do ministro Lewandowski, seguida pela maioria dos ministros do STF, a pena da mãe seria inevitavelmente transferida aos filhos.

Assim sendo, a decisão da Corte Suprema estabelece as seguintes consequências, quais sejam, concedeu-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar (sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP) de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças com até 12 anos, sob sua guarda, ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, com a exceção dos seguintes casos: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Essa última exceção, as “situações excepcionalíssimas”, poderia ser passível de crítica, uma vez que deixa a questão “em aberto”, à guisa do intérprete, embora esteja atrelada a uma fundamentação obrigatória.

O que se estabeleceu nessa atividade jurisprudencial traz, de fato, grandes mudanças ao cenário carcerário feminino no Brasil, que comporta cerca de 4.500 presas provisórias, sendo que a maioria delas responde por tráfico de drogas. O papel da mulher no tráfico é de segundo plano, contemplando majoritariamente funções de transporte, uma simples e mera coadjuvante. Além disso, é um julgado que poderá fomentar mais ainda a necessária discussão levantada até aqui neste trabalho. Um importante passo do Brasil para o cumprimento das recomendações do Relatório sobre o uso da Prisão Preventiva nas Américas.

5 CONCLUSÃO

A ambiência do encarceramento já submete o indivíduo à vulnerabilidade. Essa mesma vulnerabilidade assume perspectivas ainda mais acentuadas, quando o indivíduo encarcerado é uma mulher, o que expõe uma situação de hipervulnerabilidade carcerária feminina. Isso porque, é sabido que as mulheres sofrerem um quadro de discriminação histórica fomentado por estereótipos lhe reduzem a uma desvantagem sistemática. Estes riscos são ainda mais nítidos, quando as mulheres estão privadas de sua liberdade e sob o poderio da custódia estatal.

Mais que sistematizar materialmente essa questão, por meio de desenhos legislativos e políticas criminais, é colocá-la às claras da realidade fática e exercível. Nestas vistas, a subjetividade da mulher ainda se atrela ao exercício da maternidade que não se endereça somente a ela, mas a própria criança. Deve-se, nessa conjuntura, pensar que o interesse da criança deve ser sobreposto, impreterivelmente, quando se tem à vista a possibilidade de concretização de uma medida cautelar prisional.

A detenção de mulheres no Brasil comporta, em sua maioria, mães traficantes de drogas, assumindo o índice do motivo de 68% do encarceramento no país. O que não se concebe, a uma primeira vista, é que muitas dessas mulheres são inseridas nessa conjuntura criminosa, assumindo papéis secundários, e que a expõem de uma forma ainda mais situada. É nesse cenário que a razoabilidade e proporcionalidade devem ser instrumentos ainda mais expandidos no juízo de admissibilidade para decretação da prisão preventiva. Pensar a prisão preventiva como meio para reduzir as possibilidades de reincidência, e por uma falseável manutenção da 'ordem pública' é, decerto, um caminho longe da razoabilidade.

PREVENTIVE DETENTION AS TOWARD THE FEMALE JAIL: THE SCOPE OF APPRAISAL IN THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The thematic approach raised in this study turns to the analysis is of the preventive detention of women both from the judicial negotiations that this issue receives in Brazil and from its understanding by the Inter-American System of Human Rights. While the Inter-American Human Rights System pursues this discussion, with the appropriate expertise, in order to encourage female imprisonment be conditioned by a gender perspective, Brazil faces serious problems to envisage the prison issue from this perspective, extending and applying it without distinction, even when the execution of pre-trial detention is in vogue. It is in this context that an analysis is of the application of pre-trial detention to women is carried out in the light of what the SIDH designates, both as recommendations incorporated in its reports on the applicability of pre-trial detention, and also in the jurisprudential perspective surrounding the thematic.

Keywords: *Inter-American Human Rights System. Prison detention. Women. Maternity. Imprisonment.*

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira, revisão técnica Gilson César Cardoso. 4. ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1999;
- BRASIL. DECRETO Nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte**

Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Acesso em: 21.fev. 2018

CIDH.**Caso Bayarri Vs. Argentina.**Exceção Preliminar. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**Caso Gangaram Panday Vs. Surinam.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No.

_____.**Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.** Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

_____.**Caso Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru.** Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2006. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**Caso López Álvarez Vs. Honduras.** Mérito, Reparação e custas. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____.**CasoPalamaraIribarne Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

_____.**Caso SuárezRosero Vs. Ecuador.** Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. In: **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.** Direito à liberdade pessoal. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva na América.** 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

IBCCRIM. Artigos. Jurisprudência. Prisão Preventiva. Necessidade de Fundamentação Concreta. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/378--Decisoes-Prisao-preventiva-e-fundamentacao-Deferimento-de-liminar-Caso-Pimenta>> Acesso em: 07 jul. 2015.

INFOPEN. Infopen Mulheres. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em: 07 jul. 2015.

JABARDO, Mercedes. *La mujer y sus hijosem prisión*. **Eguzkilore**. Número 7. San Sebastián, 1993, p. 94. Disponível em: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2169056/10++La+mujer+y+sus+hijos+en+prision.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos. Análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1998.

LOPEZ, Marcela Briseño. **Garantizandolosderechos humanos de lãs mujeres em reclusión**. Instituto Nacional de lasMujeres do México e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2006, p. 28. Disponível em: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100793.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018. Acesso em: 20 fev. 2018.

NEXO JORNAL. Expresso. **Porque a Justiça mantém mães sem condenação na cadeia**. Entrevista com a Defensora Maira Diniz. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/15/Por-que-a-Justi%C3%A7a-mant%C3%A9m-m%C3%A3es-sem-condena%C3%A7%C3%A3o-na-cadeia-segundo-esta-defensora>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América**. Publicado em 7 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 143641/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 20 de fevereiro de 2018. Acesso em: 21 fev. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas no Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XX. **XXXIII Curso de Derecho Internacional**, p. 407–490, 2007. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2018.