

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A GARANTIA DA DIGNIDADE DAS PRESAS E SEUS FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

THE DIGNITY OF WARRANTY OF PREY AND YOUR CHILDREN IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

**Rose Maria dos Passos
Rodrigo Garcia Schwarz**

Resumo

Vários são os casos de presas que dão à luz dentro dos presídios brasileiros e, ao contrário do que determina a lei, seja ela a Constituição Nacional de 1988, as normas infraconstitucionais ou os documentos internacionais que tratam da dignidade da pessoa humana, o ambiente no qual essas mulheres vivem com seus filhos é degradante e afronta diretamente a dignidade das presas e, acima de tudo, de seus filhos, a quem a pena imposta as mães está sendo estendida, sob o argumento de garantia do convívio da criança com a genitora, em especial, nos primeiros anos de vida. Diante de um conflito de princípios a pessoalidade da pena e o direito da criança de permanecer junto à sua genitora o Estado enfrenta um problema de desestrutura física e profissional. A realidade dos presídios brasileiros, em especial àqueles que possuem mulheres cumprindo pena, demonstram que de nada adiantam normas positivadas se não há o efetivo cumprimento delas.

Palavras-chave: Presas, Crianças em penitenciárias, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

There are several cases of prisoners who give birth within the Brazilian prisons and, contrary to what determines the law, be it the National Constitution of 1988, the infra-constitutional norms or international documents dealing with the dignity of the human person, the environment which these women live with their children is degrading and directly affront the dignity of prey and, above all, of their children, whom the penalty imposed mothers is being extended under the child's living the assurance argument with genitor, especially early in life. Faced with a conflict of principles - personhood pen and the right of children to stay with their mothers' to - the state faces a problem of physical and professional disrupts. The reality of Brazilian prisons, especially those who have women serving time show that anything use are positives standards if there is no effective enforcement of them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prey, Children in prison, Dignity of the human person

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar, sob a ótica dos direitos fundamentais, a situação de presas que possuem filhos em idade de amamentação que permanecem com suas genitoras nos cárceres brasileiros.

O objetivo desta pesquisa é analisar, com base nas garantias constitucionais, na teoria crítica de Axel Honneth e a importância afetiva na primeira infância, em “A luta por reconhecimento” a condição das presidiárias que convivem com seus filhos nos presídios brasileiros.

O que se busca é mostrar que a realidade está muito aquém daquilo que deveria ser. Por óbvio que o tema não será esgotado.

A pesquisa foi realizada sob o método qualitativo, com a realização de pesquisas em sites especializados, revistas, anais de eventos, reportagens jornalísticas e livros relacionados à temática. Em síntese, a pesquisa propõe-se a analisar decisões judiciais que abarcam o direito da criança em permanecer com sua genitora durante o período de amamentação dentro do sistema penitenciário. Sistema este que há tempos encontra-se em situação inapta a tratar com o mínimo de dignidade os detentos, quicá crianças que necessitam de cuidados, assistência e atenção especial.

Penitenciárias superlotadas. Mulheres que recebem tratamento igual ao dispensado aos homens presos. Tratamento desumano e que afronta as garantias constitucionais num Brasil que possui desde 1988 a chamada Constituição Cidadã. Por sua vez, algumas decisões inovam no sentido de converter a prisão em estabelecimento carcerário para prisão domiciliar, permitindo à criança o devido convívio com sua mãe em ambiente mais sadio e seguro.

1 MARCOS NORMATIVOS E HERMENÊUTICOS DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ÀS DETENTAS NO BRASIL ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é um documento de intenções do constituinte originário, externando os desejos, as intenções e sentimentos deste em relação a uma pátria que saía de um período ditatorial, cujas liberdades individuais eram reduzidas pela força militar. Neste documento estão expressas as diretrizes que inspiram a nova ordem constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia [sic] Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A leitura do preâmbulo da Constituição Cidadã, permite perceber que o objetivo da Constituição Federal de 1988 é assegurar valores supremos, como liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, tanto em relação aos direitos sociais quanto individuais. Surge, pela primeira vez, nas cartas constitucionais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a palavra “valores”. Os valores evidenciam a preocupação do constituinte com os direitos e garantias fundamentais, afirmados e positivados pela Constituição Federal, tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

Além disso, embora a Constituição Federal não apresente definição sobre o que é dignidade humana, diversos são os doutrinadores que afirmam que este é o valor supremo da humanidade, de onde decorre que o indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo; jamais podendo ser tratado como objeto de interesse alheio. Para Sarlet (2005, p. 15):

[...] a noção de dignidade da pessoa humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações. Estas, ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu maior importância e passou a figurar em documentos internacionais como a Declaração dos Direitos de 1949, sendo incorporado às diversas constituições Europeias, dentre as quais destacam-se a Constituição Italiana de 1947, a Constituição Alemã de 1949 e a Constituição Portuguesa de 1976.

Sarlet (2005, p. 15) afirma que mesmo com toda evolução ocorrida especialmente no campo da filosofia, não há como negar a dificuldade encontrada para obter uma conceituação conclusiva sobre o que de fato é a dignidade da pessoa humana. Essa dificuldade, não diferente do que acontece em outras áreas, se dá para efeitos de definir o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto norma jurídica fundamental.

Conforme doutrina Luis Roberto Barroso (2009, p. 251), a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim nos direitos individuais como os políticos e sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer contornos de uma objetividade possível, apta a promover racionalidade e controlabilidade à sua utilização.

Para Sarlet (2005, p. 16):

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa.

Portanto, por mais difícil que seja determinar um conceito acerca da dignidade da pessoa humana, é certo que, “não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”, por mais que não seja possível prever estabelecer uma pauta exaustiva sobre as formas de violações da dignidade. (SARLET, 2005, p. 17).

Já no curso da história da humanidade, é possível identificar elementos responsáveis por caracterizar e diferenciar o ser humano dos demais seres, por essa razão, o homem se

tornou passível de direitos e deveres inerentes e inalienáveis que encontram respaldo nas manifestações religiosas, filosóficas e culturais. (BAEZ, 2015, p. 16-17).

Após as diversas barbáries sofridas pela humanidade, especialmente quando se fala da 1ª e 2ª Guerra Mundial, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a assumir maior importância para a sociedade, ao passo, que passou a figurar como um discurso internacional por meio da promulgação da Declaração dos Direitos Humanos, em 1949. Sem dúvida, a dignidade humana reporta-se à origem dos direitos materiais e representa o núcleo essencial do rol de direitos inerentes ao ser humano. Tanto no Brasil quanto em outras partes do mundo o princípio da dignidade humana tem sido objeto de intensa elaboração doutrinária e aplicabilidade jurídica.

As garantias que abarcam a efetividade do princípio da dignidade humana deve ser asseguradas a todas as pessoas, pelo simples fato de sua existência, portanto, havendo um indivíduo que necessite renunciar a sua dignidade em razão de sua condição de vida, o estado tem o dever de restabelecê-la, pois a dignidade humana não compõe o rol de direitos disponíveis ao indivíduo, constituindo patrimônio social que precisa e deve ser protegido pela sociedade, ou seja, deve ser assegurada por todas as pessoas.

O respeito à dignidade humana, a luta por seu reconhecimento e sua afirmação, simbolizam o neoconstitucionalismo e representam a superação da intolerância, exclusão social, discriminação e violência, motivos pelos quais o princípio da dignidade humana foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Baseado neste fundamento basilar, a Constituição Federal de 1988 declara, em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 oferece especial proteção às entidades familiares, o legislador constituinte trouxe diversos avanços para sociedade, o que, culmina na proibição do retrocesso social, da denegação do princípio da proteção e da igualdade. Nessa perspectiva, tal previsão aplica-se de igual modo ao sistema carcerário brasileiro, na proteção dos direitos e principalmente da dignidade humana das presas e de seus filhos que nascem no ambiente da prisão.

Portanto, permitir que crianças vivenciem seus primeiros anos de vida em um ambiente degradante e com condições de saúde e higiene precárias, é tornar nulo todo um

processo histórico de lutas e conquistas em prol da dignidade e segurança das crianças. Logo, é inadmissível que o legislador infraconstitucional tenha legitimado a “coisificação” de crianças e adolescentes nessas condições, pois, comparado aos demais pares da sociedade se encontram em situação desfavorável.

Com o advento da Lei nº 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por base as premissas constitucionais, os direitos das crianças e dos adolescentes em todos os seus aspectos passaram a assumir maior fulgor no ordenamento jurídico brasileiro. É válido destacar, que, crianças que nascem em prisões, já estão inseridas em um ambiente totalmente desfavorável ao crescimento e desenvolvimento pleno. Anteriormente ao advento do estatuto, a criança e o adolescente eram visualizados como “objetos passivos à disposição do sistema”.

No entanto, com a inserção da normativa de proteção integral à criança e ao adolescente, como prioridade do ordenamento jurídico brasileiro, as mesmas passam a ser titulares de direitos devido à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Conforme Ferraz (1991, p. 20), a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional e para sua efetivação implica “um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao afirmar que nenhum pai ou mãe perderá o poder familiar por motivo de pobreza, nem mesmo por estarem com sua liberdade segregada, cumprindo pena dentro do sistema carcerário. Em que pese à existência do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar, cujas diretrizes são: primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; o Reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; [...]; e o Controle social das políticas públicas; o sistema tem se mostrado ineficiente.

Ainda que, por vezes, a melhor opção a ser adotada é a permanência das crianças no ambiente carcerário, com a finalidade de garantir a convivência familiar com a genitora e para a manutenção dos laços afetivos, é inegável que tal situação faz com que, de certo modo, seja transferida à criança a pena imputada às suas genitoras, o que representa afronta aos ditames constitucionais, nos termos do art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, nenhuma pena passará da pessoa do condenado [princípio da pessoalidade].

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:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

Corroborando a afirmação prevista no artigo supracitado, está o princípio da responsabilidade pessoal que proíbe a imposição de pena a alguém por fato de outrem. Desta forma, “a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe do fato punível.” (DOTTI, 2001, p. 65). A pessoalidade da pena é justificada no fato de que “a pena é um medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado” (ZAFFARONI;PIERANGELI, 2006, p. 154).

Apenas para fins de esclarecimento, cabe destacar que o princípio da pessoalidade é tratado de modo diferente no âmbito civil, pois este prevê a possibilidade de reparação do dano extensivo a terceiros; o que é impossível no âmbito penal. Nesse sentido, Bastos (1989, p. 231): “Aos sucessores a obrigação de reparar o dano, assim como pode ocorrer à decretação de perdimento de bens. Mas tudo limitado pelo valor do patrimônio transferido”.

Ou seja, quando diante do conflito de princípios que se apresenta no âmbito penal – princípio da garantia prioritária e especial à criança e princípio da pessoalidade da pena – um deles deve ceder, ainda que não seja considerado inválido.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) alertam para o fato de que “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”, bem como a Lei 7.210/1984, que, em seu artigo 22, inciso XVI, determina que

o serviço social oriente e ampare tanto os familiares do condenado para que estes não fiquem à deriva após a sanção penal ter atingido um dos membros da família, determinação esta que passa longe do mínimo que a sociedade necessita.

Acima de qualquer punição aplicada àquele que cometeu a conduta, deve prevalecer a dignidade e o bem-estar social, com a tutela do Estado sobre as pessoas que sofrem a estigmatização do princípio da pessoalidade, ou seja, pessoas que são penalizadas socialmente por algo que não fizeram. Retratam Dias e Andrade (1997, p. 406):

O conceito de dignidade penal, implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentes, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irreduzível - se bem historicamente variável dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade.

O processo da descriminalização pode se dar de forma direta, através de um modelo de despenalização da família (e também de pessoas próximas ao recluso), com aplicação de políticas públicas, fundamentadas na ética e na política, com o intuito de realizar uma reeducação da sociedade através de uma transformação significativa no termo cultural e social, sobretudo com a ligação da quebra de preconceitos.

Há, porém, situações em que afastar de familiares a extensão da pena, ainda que no aspecto social e moral, se torna difícil, ou então, impossível. Há nesses casos um verdadeiro conflito de princípios.

Seguindo a linha de raciocínio apresentada por Robert Alexy na teoria da proporcionalidade, diante da colisão de direitos fundamentais, é necessário buscar o meio termo que consiga promover um fim adequado, sem violar qualquer princípio – àquele que fica submetido ao princípio preponderante -, nem tampouco outros meios que poderiam a vir a ser transgredidos.

Também, faz-se necessário observar se o meio termo escolhido é o correto e se não há outro mais suave e menos restritivo que poderia ser utilizado; e se ainda assim não for solucionada a colisão, é necessário que se aplique a ponderação – colocam-se [metaforicamente], as consequências jurídicas dos princípios em colisão numa balança a fim de precisar qual deles é racionalmente mais importante para o caso concreto.

Essa ponderação é feita em três níveis: analisa-se o grau de intensidade que um princípio afeta o outro; a importância que um princípio possui frente ao outro e por fim se a satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Por sua vez Habermas doutrina que a prestação jurisdicional (prática decisória judicial) orientada por princípios tem que decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito – e não equilibrar bens ou relacionar valores. Nesse aspecto, a teoria da “luta pelo reconhecimento” apresenta uma perspectiva sobre o ponto de vista da importância

da convivência da criança com a mãe, mesmo que em sistema prisional, fundado na preservação da afetividade.

2 A LUTA POR RECONHECIMENTO NA TEORIA CRÍTICA DE AXEL HONNETH E A IMPORTÂNCIA AFETIVA NA PRIMEIRA INFÂNCIA

Inicialmente, para o efetivo entendimento sobre a teoria da “luta por reconhecimento” proposta por Axel Honneth faz-se necessário apresentar as características principais e a definição da mesma de acordo com o pensamento de outros filósofos. Diante disso, a teoria crítica foi apresentada originalmente por Max Horkheimer no ano de 1937, onde sua definição estava relacionada com a ideologia do marxismo.

Ainda, no ano de 1930, Horkheimer assumiu a direção do Instituto de Pesquisa Social voltando seu enfoque para a filosofia, momento que o instituto passou a se chamar “Filosofia Social”. Na proposta de seu programa de pesquisa o fundamento teórico referencial foi a obra de Marx e o marxismo, portanto, propôs-se uma nova vertente intelectual para a Teoria Crítica. (HONNETH, 2009).

Nesse sentido, a referida teoria não se limita apenas a descrever o funcionamento da sociedade, mas sim, propõe-se a compreender a sociedade à luz de uma emancipação “ao mesmo tempo possível e bloqueada pela lógica própria da organização social vigente”. (HONNETH, 2009, p.09). A teoria crítica, na sua busca de entender o funcionamento da sociedade sob a perspectiva da emancipação, isto é, uma espécie de autonomia, toma por base o contexto organizacional vigente na sociedade, ou seja, leva-se em conta o momento em que a sociedade se encontra, inclusive, os avanços sociais.

Desse modo, a orientação para o exercício dessa emancipação que caracteriza a atividade teórica crítica exige que a teoria exteriorize um comportamento crítico relacionado ao conhecimento produzido pela própria realidade social. (HONNETH, 2009). Posteriormente, com a inserção da psicologia social de Mead na teoria hegeliana da “luta por reconhecimento” a proposta foi esclarecer os processos de mudança social levando-se em conta as pretensões normativas de reconhecimento recíproco.

De início, por meio dessa teoria busca-se demonstrar que a reprodução da vida social acontece pelo reconhecimento recíproco entre sujeitos que só estabelecem uma relação prática quando aprendem a interagir com seus parceiros, aqui chamados de “destinatários sociais”. Logo, as acepções trazidas por essa teoria despontam as relações humanas como uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo, assim como, também, as

experiências sociais cuja pressão deve se originar sob uma perspectiva histórica (HONNETH, 2009, p.157).

Nesse sentido, Hegel destaca três formas de reconhecimento recíproco, onde a primeira abarca a dedicação emotiva, as relações amorosas e de amizade; a segunda envolve o reconhecimento jurídico e a terceira o assentimento solidário. Também, a teoria proposta por Hegel busca distinguir a filosofia política da família, sociedade civil e do Estado; já em Mead o objetivo é destacar as relações primárias das relações jurídicas e da esfera do trabalho. Desse modo, a teoria de Hegel e Mead consiste em atribuir às três esferas de interação padrões diferentes de reconhecimento recíproco, para tanto, deve-se reconstruir o conteúdo dado do amor, do direito e da solidariedade. (HONNETH, 2009).

Diante disso, a aplicação da teoria da luta por reconhecimento, no caso da garantia legal às detentas e seus filhos no sistema prisional brasileiro, visa demonstrar a importância do autorreconhecimento por meio do estabelecimento de relações recíprocas, nesse caso, entre mãe e filho e da importância do amor e do afeto na satisfação das carências corporais enquanto uma necessidade que afere a preservação da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o amor, nesse contexto, deve ser entendido como todas as relações primárias que envolvem ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, “segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizade e de relações pais/filho”. (HONNETH, 2009, p.160).

Além disso, ao amor se aplica a primeira etapa de reconhecimento recíproco, que é o laço afetivo entre pais e filhos no interior da família. Por meio disso, os indivíduos se reconhecem como seres carentes “na experiência recíproca da dedicação amorosa, independente da forma e do estado de carência de cada um”. (HONNETH, 2009, p.161). Logo, a manutenção da relação afetiva entre mãe e filho, isto é, o contato estabelecido desde o início entre ambos serve como ferramenta que impulsiona a superação de desafios para a genitora e representa uma fase significativa na vida do bebê.

Evidencia-se esse fato por meio da “teoria das relações de objeto”, por meio dela apresenta-se a primeira tentativa de uma reposta conceitual acerca da visão psíquica das experiências interativas na primeira fase da infância, de modo que, a relação afetiva com outras pessoas é considerada como o segundo componente do processo de amadurecimento. Sendo assim, ela permite uma ilustração do amor como uma forma determinada de alcançar o reconhecimento recíproco (HONNETH, 2009).

Diante disso, o sucesso das ligações afetivas depende da capacidade adquirida na primeira infância. Para a teoria de Mead, “nos primeiros meses de vida, a criança pequena depende a tal ponto da complementação prática de seu comportamento pelos cuidados

maternos”, ainda, o processo do amadurecimento infantil é um ato de cooperação intersubjetiva de mãe e filho, pois, ambos estão ligados por meio de operações ativas no estado do “ser-um simbiótico” que posteriormente tem de se diferenciar e exercer sua autonomia. (HONNETH, 2009, p.167).

Para a mãe o momento em que ocorre essa emancipação do bebê, é a oportunidade dela ampliar seu campo de atenção social, porque sua identificação primária e corporal começa a “fluidificar”, retornando às suas rotinas cotidianas. Conseqüentemente, para o bebê ocorre a abertura de novas relações com outras pessoas satisfazendo outras formas de carência da criança. Desse modo, percebe-se o quão influente são as relações afetivas para o desenvolvimento da criança, nessa fase, têm-se a dependência relativa da criança em relação à genitora. (HONNETH, 2009).

Ao final, destaca-se que o laço afetivo instituído desde o nascimento entre mãe e filho é essencial para o pleno desenvolvimento da criança, porém, o sistema carcerário brasileiro deve incorporar um ambiente digno para que a criança seja recebida fora de um ambiente degradante, e, possa aproveitar a primeira infância de forma saudável ao lado de sua genitora.

3 A REALIDADE DAS PRESAS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A revista Galileu publicou matéria da jornalista Nana Queiroz, na qual relata diálogos e convivências que teve com diversas presas durante a pesquisa que culminou com a publicação do livro Presas que Menstruam.

A autora retrata uma realidade em que, em que pese haver toda uma gama de direitos especiais às mulheres presas, em atenção a sua feminilidade, o sistema carcerário brasileiro trata as mulheres exatamente como trata os homens.

O CNJ publicou em 2012 a “Cartilha da Mulher Presa”; uma ferramenta voltada para a ressocialização da mulher presa, destinada a esclarecer direitos e deveres das mulheres presas, com informações claras sobre as garantias constitucionais, prerrogativas legais e administrativas que lhes atingem.

A cartilha inicia apresentando alguns direitos das mulheres presas:

A Constituição Federal, lei maior de nosso País, traz no art. 5º os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos e cidadãs. Embora tenha sido presa, você é uma cidadã e como tal deve ser

tratada. Você tem direito a tratamento digno, de forma a não sofrer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, língua, opinião política ou quaisquer outras formas de discriminação. Você tem direito a não sofrer violência física ou moral, de não ser submetida à tortura nem a tratamento desumano ou cruel. É proibida qualquer forma de coação física (tapas, chutes, socos), moral ou psíquica (palavrões, provocações, ameaças, insultos, humilhações, etc.). Nenhuma autoridade ou servidor penitenciário pode usar de violência física ou psicológica.

Complementa a lista de direitos ali expressos o direito de cumprir pena em estabelecimento distinto daquele destinado aos homens, sendo que a segurança interna nessas penitenciárias deverá ser realizada somente por agentes do sexo feminino. Em atenção às peculiaridades da sua condição feminina, ressalta o direito da presa à assistência material, a receber, sempre que necessite, roupas, cobertas, alimentação adequada, material de higiene e limpeza, além de produtos de uso pessoal, suficientes para que não seja posta em risco sua saúde e integridade física ou moral.

Diferente do que divulga o CNJ, a jornalista Nana Queirós relata que a luta diária das mulheres presas é por higiene e dignidade. O estado não lembra que elas precisam de papel higiênico para duas idas ao banheiro em vez de uma, de papanicolau, de exames pré-natais e de absorventes internos, chegando ao absurdo de utilizarem miolo de pão como absorvente íntimo, por não receberem sequer estes materiais do estado.

O sistema prisional brasileiro é composto por “[...] masmorras medievais malcheirosas e emboloradas brasileiras, nas quais bebês nascem em banheiros e a comida vem com cabelo e fezes de rato. As prisões femininas do Brasil são escuras, encardidas, superlotadas.[...] Em muitas delas, as mulheres dormem no chão, revezando-se para poder esticar as pernas. Os vasos sanitários, além de não terem portas, têm descargas falhas e canos estourados que deixam vazar os cheiros da digestão humana. Itens como xampu, condicionador, sabonete e papel são moeda de troca das mais valiosas e servem de salário para as detentas mais pobres, que trabalham para outras presas como faxineiras ou cabeleireiras.”

Aquela cartilha do CNJ, que relata as garantias legais das presas, apresenta taxativamente que a presa tem direito a permanecer com o filho na unidade, enquanto estiver amamentando, sendo-lhe garantida a guarda dos filhos. A eles, enquanto estiverem na unidade, é garantido o atendimento pediátrico.

Ressalta que a presa tem direito de aleitamento ao filho recém-nascido e a garantia constitucional de que seu filho recém-nascido permaneça ao seu lado durante o período de amamentação. Em razão disso, deve existir na penitenciária ala reservada para as mulheres grávidas e para as internas que estão amamentando.

Infelizmente essa não é a realidade retratada pelas presas à jornalista autora do livro *Presos que Menstruam*. Em uma das conversas com as presas, foi-lhe retratado que “nenhuma grávida ou mãe que amamenta tem regalias na cadeia. Em geral, as camas são dadas às mais antigas. Se não contarem com a caridade das demais, as mães têm de dormir no chão com seus bebês. Sim, bebês também vivem em presídios brasileiros[...]. A violação de direitos humanos com relação às gestantes é generalizada”, diz a ativista Heidi. Além disso, os relatos de tortura são comuns mesmo entre grávidas. Um caso chocante é o de Aline, uma traficante que, durante a detenção em Belém do Pará, tomou uma paulada na barriga e ouviu do policial: “Não reclame, esse é mais um vagabundinho vindo para o mundo”.

Ainda, há o caso de “Gardênia, uma traficante com a mente corroída pelas drogas e a cadeia, é um exemplo vivo de como o Estado ignora gêneros nas prisões do país. Quando foi presa pela última vez, Gardênia estava com uma gravidez avançada. Ganhou no grito o direito de ir a um hospital — muitas mulheres não têm a mesma sorte e precisam dar à luz na cadeia mesmo, com ajuda das outras presas. Gardênia ficou algemada à cama durante boa parte do trabalho de parto e, quando sua filhinha Ketelyn nasceu, não pôde sequer pegar o bebê no colo. “A vida da presa é assim: não pode nem olhar se nasceu com todos os dedos das mãos e dos pés.” Quem sofre as consequências desse parto-relâmpago até hoje é a menina, que, aos 17 anos, bate a cabeça na parede toda noite até adormecer.”

Os dados do Ministério da Justiça, de 2013 mostram que 36.135 mulheres estão presas no Brasil em um sistema cuja capacidade é para 22.666 detentas. Ou seja, em 2013 já havia uma superlotação de 13.469 presas. Dentre este universo, naquele ano, 345 era o número de crianças viviam no sistema penitenciário brasileiro.

4 O DIREITO A PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA

O Código de Processo Penal prevê [art. 317] que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

O artigo 318 do mesmo diploma prevê que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II -

extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Por sua vez, a Lei de Execuções Penais [LEP] - dispõe no artigo 117 que somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Em que pese a LEP restringir essa benesse aos presos que cumprem pena em regime aberto e o CPP estender este direito àqueles que cumprem prisão preventiva, poderão também os presos, independente do regime, com vistas aos princípios constitucionais, atendendo aos demais requisitos, serem contemplados com este direito.

Mais do que isso. No acórdão número 857348, classe HC, processo número 0003454-94.2015.8.07.0000, o TJDF, concedeu à presa o direito a prisão domiciliar sob o argumento de que a prisão domiciliar encontra fundamento no artigo 117 da Lei de Execuções Penais e, apesar de ser previsão específica para os condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem firme compreensão no sentido de admitir a concessão da medida por razões humanitárias ainda que o condenado esteja em regime mais gravoso, atentando-se às particularidades do caso concreto.

Argumentam em defesa do direito pleiteado que a Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança e que, em que pese a previsão de permanência da criança com a mãe em estabelecimento prisional, esta situação traz riscos à vida e à saúde da infante, e, em atenção ao entendimento adotado pelo STJ, a solução que melhor se harmoniza com as normas aplicáveis à espécie não é a separação brusca e precipitada entre mãe e filho/a, sem que se tenha qualquer notícia de quem será o responsável pela criança, mas a concessão de prisão domiciliar por razões humanitárias.

Além do que, a Penitenciária Feminina do Distrito Federal não possui creche nos moldes determinados pela LEP, que em seu artigo 89 determina a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional feminino para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e

menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável esteja presa.

O Poder Judiciário de Santa Catarina, por sua vez, emitiu parecer nos autos do processo 422328-2011.4, decorrente ao Encontro Nacional do Encarceramento Feminino, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 29/06/11, onde se verifica a péssima condição dos presídios catarinenses, sendo que a única unidade exclusiva para mulheres – Presídio Feminino de Florianópolis -, foi considerado o oitavo pior presídio feminino do país. Naquele ano a população carcerária feminina correspondia a 8% da população total de presos.

O Juiz de Direito Integrante do Núcleo da Execução Penal, da comarca de Joinville, João Marcelo Buch, relata naquele parecer que o Presídio Regional de Joinville, onde à época havia cerca de 150 mulheres encarceradas em espaço anexo ao pavilhão masculino, com aproximadamente 1000 homens encarcerados não havia estrutura de saneamento básico, nem tampouco ambulatório médico, odontológico e farmacêutico. As pessoas que lá estavam não recebiam sequer sabonete ou creme dental. Nas palavras do magistrado, “falta tudo e principalmente respeito, respeito para com o ser humano.”

Traz à discussão a preocupação internacional quanto a situação carcerária brasileira; ressaltando, inclusive, as recomendações recebidas da ONU.

Destaca que “o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana é irrenunciável, não importa a ação praticada. Aquele que perdeu a liberdade não pode perder a saúde, o trabalho, a educação, a cultura, o afeto, a condição humana enfim, sob o risco de reagir com maior violência do que aquela que o colocou na prisão.”

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Silvano. **Habeas Corpus**: acórdão n. 857348. Brasília (DF), publicado em 19 de março de 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/hb-prisao-domiciliar.pdf> . Acesso em: 16 de agosto de 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha da Mulher Presa**. 2ª edição. Brasília (DF), 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf. Acesso em: 11 de julho de 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Jul.1997.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUEIROZ, Nana. Descubra **como é a vida das mulheres nas penitenciárias brasileiras**. Chapecó (SC), publicado em 22 de julho de 2015. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/07/descubra-como-e-vida-das-mulheres-nas-penitenciarias-brasileiras.html>. Acesso em: 07 de julho de 2015.

SANTA CATARINA, Poder Judiciário. **Encontro Nacional do Encarceramento Feminino**. Publicado nos autos n. 422328-2011.4, Florianópolis (SC), 29 de junho de 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.