

O DESATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADO NO DESRESPEITO ESTATAL À DIGNIDADE HUMANA DA MULHER DETENTA¹

Angélica Alves Diniz²

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade apresentar uma análise crítica da ineficiência estatal em respeitar a dignidade humana da mulher detenta, expondo e debatendo a questão carcerária sob a ótica das mulheres encarceradas, contrabalanceando o direito da punição estatal em defesa do Interesse Público e os direitos fundamentais daquelas que cumprem pena. Para tal, adotar-se-á o método dedutivo, partindo de uma breve introdução sobre os Direitos Fundamentais, explanando seu conceito e objetivo, e se chegando à discussão específica sobre a clara omissão estatal no atendimento às necessidades femininas nos vários presídios do país.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão entre Princípios. Direitos Fundamentais. Sistema Carcerário. Mulheres Presas. Violação de Direitos.

ABSTRACT

This study aims to present a critical analysis of the state's inefficiency in respecting the human dignity of women prisoners, exposing and debating the prison issue from the perspective of incarcerated women, counterbalancing the right to state punishment in defense of the Public Interest and fundamental rights of those who are serving time. The deductive method will be used, starting with a brief introduction on Fundamental Rights, explaining its concept and objectives, and coming to a specific

¹ Artigo científico elaborado como Trabalho de Conclusão de Curso, requisito para obtenção do diploma de graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação da Prof.^a Luiz Carlos Goiabeira Rosa.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

discussion on the state omission in meeting the needs of women in prisons in the country.

KEYWORDS: Collision between Principles. Fundamental rights. Prison system. Arrested Women. Violation of Rights.

INTRODUÇÃO

O *status* de Democrático de Direito impõe ao Estado garantir os direitos fundamentais a seus titulares: tem o dever de promover o bem comum, sob a égide do macroprincípio da dignidade humana. Nesse sentido, o princípio do Interesse Público surge entre outras pela necessidade de resposta/punição estatal de uma pessoa a qual cometeu uma infração ou um delito: vez que esse princípio tem por interesse atender ao maior número de pessoas, tem-se que é de interesse público punir infratores que causam desconfortos à comunidade de forma a lhes desestimular a reiteração de atos ilícitos, bem como buscar inserir tais infratores em políticas públicas que visem à reeducação e ressocialização.

Porém, o plano fático constata-se uma deturpação do princípio do Interesse Público, na medida em que acesso aos direitos fundamentais é pejorativamente relativizado ao se observar que grande parte da população encontra obstáculos em concretizá-los, principalmente frente à expansão das desigualdades sociais. Essa relativização deturpada inevitavelmente reflete no ambiente carcerário, o qual é tido como uma representação evidente da exclusão social: é notória a ideia de que a população carcerária é composta majoritariamente, se não totalmente, por aqueles que fracassaram na vida. Além disto, a forma fática em que tal sistema se apresenta no Brasil detém um caráter unicamente punitivo, se se considerar o contexto social em que se insere.

Sendo ausente o necessário repensar periódico sobre a estrutura carcerária, não houve a adequação da realidade prisional às mudanças sociais, mantendo um sistema que há muito tempo deixou de ser o ideal ou o suficiente para a realidade social brasileira, o que leva à clara necessidade de se discutir qual princípio prevalecerá no embate, o Princípio do Interesse Público ou da Unidade da família.

Esse cenário se amplia negativamente, quando se tem como foco as mulheres. Ressalta-se, por exemplo, que a falta de estrutura nos presídios se manifesta já nos dormitórios que não são adequados ao período de gestação: os berçários, quando existem, não são minimamente aceitáveis. Necessário esclarecer que a partir do nascimento todo e qualquer cidadão tem garantido o direito à liberdade, porém os infantes em questão já sofrem com a violação desse direito, pois indiretamente, ao estar encarcerado junto à mãe, a criança também “cumpre pena” na medida em que não pode se locomover de forma a poder interagir com o mundo. Além disto, o ato de retirar o infante do convívio com a mãe violaria outro direito fundamental essencial: o da unidade da família, o de pertencer a uma família e principalmente à família nuclear.

Nesse ponto, o presente estudo busca evidenciar a omissão estatal em relação à mulher detenta, bem como à mãe é compelida a “pagar sua dívida” para com a sociedade por meio do cumprimento da pena e que ao mesmo tempo gesta e/ou amamenta uma criança em tenra idade, tendo no entanto o direito fundamental a pertencer a uma família prejudicado justamente por esta omissão estatal.

Para tal, adotar-se-á o método dedutivo, partindo de uma breve introdução sobre os Direitos Fundamentais, explanando seu conceito e objetivo, passando-se à análise dos Princípios do Interesse Público e da Unidade da Família, e se chegando à discussão específica sobre a omissão estatal no tocante ao trato com a população carcerária feminina.

1 ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Arendt (2020, p. 68, 69), quando as condutas dos indivíduos são moldadas pela a sociedade eles estão sendo condicionados, já quando estes exercem o papel de formador da própria sociedade aplicam o seu poder condicionamente, sendo esse ciclo que molda e transforma o corpo social.

Entende-se através disso, que as grandes transformações ocorridas em sociedade desde a sua formação moldaram diversas estruturas, sendo uma delas o Direito. Nesse mister, os direitos fundamentais surgiram através de ações dos agentes sociais que modificaram o Direito como um todo, objetivando torná-lo mais abrangente e inclusivo: por meio das chamadas dimensões, consolidaram-se os direitos fundamentais ao longo da evolução histórico-social enquanto imperativos

de reconhecimento e proteção às prerrogativas necessárias ao indivíduo viver de forma minimamente digna.

A mudança paradigmática na abordagem dos Direitos Fundamentais ocorreu no pós-Segunda Guerra Mundial, onde a flagrante desigualdade surgida a partir do *laissez-faire* do Estado Liberal não foi adequadamente contrabalanceada pelo Estado Social na medida em que o paradigma de ambos ainda era a questão patrimonial e material (o “ter”). A sistemática do nacionalismo social nazista demonstrou ser possível adotar racionalmente um ordenamento jurídico – diz-se racionalmente por se partir do pressuposto de que a conclusão coadunaria com a premissa - e ao mesmo tempo consubstanciar-se numa ordem totalitária que “desafia a legalidade positivada e instala a justiça na terra mediante uma ordem superior da natureza, na qual a espécie humana encarna uma lei à qual todos os homens devem passiva e relutantemente se submeter” (ROSENVALD, 2007, p. 5).

Assim, no pós-guerra assistiu-se a uma mudança paradigmática, em que o “ter” deu lugar ao “ser”: o ser humano passou a ser o eixo axiomático do ordenamento jurídico, a ponto de sistematizarem prerrogativas inafastáveis de garantia de uma vida digna a todos os seres humanos, corporificadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Destarte, restou assente que todo ser humano detêm uma gama de direitos intrínsecos ao ser, apresentando caráter inviolável, intemporal e universal.

Lafer (2011, p. 166) destaca, a respeito:

O processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é o kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.

Abandonou-se, destarte, a visão reducionista até então adotada para os direitos do ser humano. Conforme explana Marmelstein (2008, pp. 10-11):

O nazismo foi como um banho de água fria para o positivismo kelseniano, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio. [...] Foi diante desse “desencantamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamada de positivismo ético, já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos

indispensáveis para a proteção da dignidade humana.

Entende-se que os direitos humanos são direitos intrínsecos à natureza humana, ou seja, são direitos naturais e antecedentes ao sistema positivado, não cabendo à lei criá-los mas apenas reconhecê-los. Não obstante, tornou-se comum as Constituições reproduzirem em seus textos determinados direitos humanos, como uma forma de enfatizá-los sob a configuração de direitos fundamentais, onde se observa que tais direitos, além de protegerem o indivíduo por se tratarem de direitos humanos, protegem-no enquanto cidadão por serem também direitos fundamentais, na medida em que, uma vez positivados na Lei Maior, Dimoulis e Martins (2007, p. 54) explicam que se perfazem em “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais [...] tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Conforme o entendimento de Sarlet (2005, p. 70):

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa [...].

Desse modo, têm-se que os direitos fundamentais são normas constitucionais que dão base a atual constituição, exercendo influência e moldando as relações entre Estado e indivíduo, isto pois destinam-se a proteção a pessoa, garantindo assim o alcance do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Os Direitos Fundamentais, então, objetivam determinar limites, objetivos e modo de cumprimento da atividade estatal no relacionamento com a sociedade e com o cidadão individualmente considerado e, segundo Dimoulis e Martins (2014, p. 49), visam a “[...] conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”.

Não é demais se ressaltar que, conforme já dito, também os direitos fundamentais decorrem do macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos valores supremos do Estado brasileiro e expressamente prevista nessa qualidade no art. 1º, III, da Constituição Federal. Bem assim, Canotilho (2017, p. 1170) bem ressalta que “a importância das normas de direitos fundamentais deriva

do *facto* de elas, direta ou indiretamente, assegurarem um status jurídico material aos cidadãos”, em face do que, a efetividade da garantia de uma vida digna é diretamente proporcional à amplitude da incidência do direito fundamental, no que se observa o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, bem explicado por por Canotilho (2017, p. 1.224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Ocorre que, quando se parte para aplicação ao caso concreto, por vezes há a incidência de mais de um desses direitos onde se constata não raras vezes uma situação em que ambos os direitos das partes envolvidas são plenamente aplicáveis mas, em assim se procedendo, acabarão por produzir resultados injustos pois atentatórios aos ideais de dignidade humana. A esse respeito, Steinmetz (2001, pp. 53-54) preleciona:

[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*.

Insta frisar que os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, motivo pelo qual a colisão entre tais direitos deve ser entendida sob o ponto de vista da colisão de princípios e não de regras. Deve-se ponderar a intensidade da incidência dos direitos fundamentais envolvidos, ao invés de se afastar sumariamente um ou mais princípios tal qual se procederia com colisão de regras e o respectivo “tudo ou nada” (*all or nothing*) a que se refere Dworkin (1977, p. 29), pelo que Alexy (2008, p. 111) bem ressalta que, não havendo princípio absoluto – até porque, princípios absolutos são incompatíveis com um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais -, segue-se que todos os princípios podem ser ponderados.

De acordo com Alexy (2008, pp. 93-94), pois, princípios *a priori* têm o mesmo valor e peso, porém, quando da aplicação ao caso concreto caso se

apresente alguma colisão, deve-se partir para a teoria da ponderação e se verificar qual princípio trará maior justiça ao caso, havendo por logo, uma preferência condicionada:

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Alexy (2008, p. 99), pois, entende essa colisão como “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”, considerando-se nesse contexto a ponderação, acerca da qual Ferreira (2004, p. 50) bem obtempera:

A lei da ponderação mostra que o sopesamento entre os princípios em colisão pode ser separado em três estágios. O primeiro envolve a identificação do grau de não satisfação ou lesão do primeiro princípio. O segundo estágio se refere ao grau de importância de satisfação do outro princípio. Finalmente, o terceiro estágio diz respeito à relação entre a importância de satisfação do princípio e a lesão ou não satisfação do outro.

Dessa forma, quando há o choque entre os princípios, há de se aplicar o sopesamento de um sobre o outro, para que aquele que mais encontre concordância ao caso concreto seja aplicado.

A nosso ver, entretanto, não é o que acontece entre os princípios ora em debate.

2 A INDEVIDA RELATIVIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO CASO DA POLÍTICA CARCERÁRIA EM RELAÇÃO À MULHER

o Princípio da Supremacia do Interesse Público é um princípio tido como intrínseco a todos os atos praticados pelos Entes Estatais. É reconhecido como princípio basilar da Administração Pública e bem assim inerente à atuação estatal, uma condição indispensável para existência da própria sociedade. Conforme observa Mazza (2019, p. 153):

Trata-se de uma regra inerente a qualquer grupo social: os interesses do grupo devem prevalecer sobre os dos indivíduos que o compõem. Essa é uma condição para a própria subsistência do

grupo social. Em termos práticos, cria uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados.

Entende-se que a supremacia do interesse público se manifesta na interpretação e por conseguinte na execução das atividades estatais, além de vincular o legislador para que as normas se adequem ao referido princípio. Conforme Mazza (2019, p. 153):

A supremacia do interesse público sobre o privado, também chamada simplesmente de princípio do interesse público ou da finalidade pública, princípio implícito na atual ordem jurídica, significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares.

Tem-se então que a função típica do Estado é a função administrativa, função esta que consistente na defesa concreta do interesse público, visando assim à satisfação das necessidades coletivas, o alcance da justiça social e do bem comum, em detrimento dos interesses privados ou particulares quando aplicado ao caso concreto.

Não obstante, insta observar que a sociedade é detentora do interesse público, figurando o Estado apenas como um gestor deste interesse. De acordo com Di Pietro (1991, p. 161):

Em primeiro lugar, não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção.

Visando atender ao interesse público, pois, surgiu a necessidade de se instituir o direito de punir ao Estado para que impusesse a ordem por meio da prevenção e da repressão, se isso se tornasse necessário.

Porém, evidentes são as falhas no sistema vigente. Nota-se que há um vultoso problema estrutural nos espaços prisionais, não se procedendo ao necessário repensar periódico sobre a estrutura carcerária, isto é, não se procurou adequar a realidade prisional com a mudança e desenvolvimento sociais por quais o Brasil passou nas últimas décadas, mantendo-se assim um sistema que há muito tempo deixou de ser o ideal ou o suficiente para a realidade social brasileira. É

notório que o Sistema Prisional brasileiro encontra-se em colapso por apresentar uma estrutura extremamente precária, culminando entre outros na frequente superlotação e na falta de disponibilização de vagas suficientes no regime semiaberto para atender a demanda.

Esse quadro se agrava em relação às mulheres, de acordo com Silva (2015, p. 54) afirma:

A estrutura carcerária no Brasil é marcada pela influência de um sistema penal no qual ocorre a desumanização da pena, a perda da cidadania, a falta de informação acerca de direitos sociais básicos, a ausência de trabalhos socioeducativos e a perda da noção de direitos humanos. Essa situação torna-se ainda mais alarmante quando se direciona o olhar às mulheres encarceradas.

A título de exemplo, conforme levantamento feito por Santos (2017, p. 14) em junho de 2016 a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, onde levantamento do Conselho Nacional de Justiça constatou que cerca de 662 mulheres estão grávidas ou amamentando no cárcere e, segundo dados referentes a 31 de dezembro de 2017, do total, 373 estavam grávidas e 249 amamentavam seu filho em um ambiente impróprio, por vezes sem assistência médica apropriada e em condições de saúde precárias. Ainda de acordo com o levantamento feito pelo CNJ, 1 em cada 2 unidades femininas não contam com espaços destinados à realização da visita, e eventualmente a outras atividades sociais, como preleciona o artigo 41 da Lei de Execução Penal, situação que diverge bastante dos estabelecimentos masculinos, onde 34% das unidades apresentam este espaço.

Há de se esclarecer ainda que a separação por gênero nas unidades de cumprimento das penas privativas de liberdade é prevista pela Lei supracitada, porém, apenas com incorporação da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional foi que se passou a se analisar situação das mulheres em estabelecimentos que até então eram adaptados somente ao encarceramento masculino, bem como espaços que não observavam as necessidades básicas das mulheres. A título de exemplo, Ramos (2019, p. 76) bem alerta:

Não há no país nenhum estabelecimento de regime semiaberto para as mulheres. Desta forma, o regime geralmente é cumprido no próprio estabelecimento prisional feminino, em local diferente à

carceragem das que cumprem regime fechado, com saída das presas para trabalho durante o dia e retorno à noite. O que acontece no Distrito Federal é que as mulheres com direito a cumprirem a pena no regime semiaberto não têm trabalho fora da unidade, nem lhes são ofertados trabalhos para que possam sair durante o dia e regressar à noite. É ínfimo o número de mulheres que estão no regime semiaberto trabalhando. A maioria está dentro das celas, sem qualquer atividade, o que caracteriza cumprimento da pena em regime diverso ao determinado em sentença. Essa nova categorização revela que há ausência de política penitenciária.

Denota-se, destarte, que o aumento da presença feminina no cárcere brasileiro traz bastante preocupação, pois o sistema prisional brasileiro não se encontra até os presentes dias apto a acompanhar tal aumento e, ato contínuo, apto a receber as gestantes na medida em que o sistema não oferece a estas (DEPEN, 2017, p. 23):

[...] atividades que viabilizam o aleitamento no ambiente prisional, espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade, espaços para custódia de mulheres gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras especificidades.

Um sistema carcerário completamente defasado, por óbvio apresenta uma frequente ausência de acompanhamento médico de rotina como no caso da gestante o pré-natal e o pós-parto, sendo isso contrário ao que deveria ocorrer segundo prevê a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) em seu artigo 14, § 3º, que assegura o referido acompanhamento médico. Bem assim, não se observa ao menos satisfatoriamente algumas garantias como a existência de berçário, tanto para zelo quanto para amamentação dos infantes até 6 meses de idade, e a obrigatoriedade de 100% dos agentes destes estabelecimentos serem do sexo feminino, estão determinadas pelas Leis nº 11.942/09 e nº 12.121/09.

A situação precária do tratamento dado à mulher presidiária é tão notória, que até mesmo o Poder Público assim reconhece (CNJ, 2016, p. 9):

O encarceramento de mulheres merece destaque. As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas. Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e

políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

Poder-se-ia dizer que essa ineficiência estatal é resultado da insuficiência fática do Estado em atender a todos os reclames sociais, pelo que se poderia aplicar aqui o princípio da reserva do possível segundo o qual, numa noção coloquial, por não possuir recursos suficientes ao atendimento imediato de todas as necessidades sociais, o Estado prioriza as que entende mais urgentes e assim a estas destina os recursos disponível.

Conforme o escólio de Mendes e Branco (2019, pp. 1.112-1113):

[...] a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Por consequência, poder-se-ia dizer que, pelo fato de o Estado não poder atender a todas as necessidades sociais, deve estabelecer quais são prioritárias à sociedade e relegar outras a segundo plano, sendo essa relegação justificada pela escolha de prioridades pelo Estado estar fundamentada pelo princípio constitucional da supremacia do interesse público. Daí então, numa análise apressada, constatar um conflito entre este princípio e o princípio da dignidade humana da mulher encarcerada, em que de forma apressada se arguiria o senso comum segundo o qual o interesse público sempre prevalecerá sobre o particular.

Entretanto, assim não se deve concluir.

Inicialmente, cumpre se ressaltar que a dignidade humana é um macroprincípio e fundamento do sistema normativo pátrio, e por consequência um dos alicerces de todos os princípios existenciais contidos na Constituição, em face do que, a interpretação que redundava em vulneração a tal macroprincípio implica em se constatar a respectiva inconstitucionalidade. Posto de outra forma, a dignidade

humana é fator de garantia e estabilidade da efetividade do mínimo existencial ao indivíduo, e se constata a respectiva inconstitucionalidade quando o Estado deixa de atender aos imperativos de manutenção de um mínimo de condições que assegurem à pessoa uma vida digna e, no tema objeto do presente estudo, a dignidade humana da mulher presa.

Barroso (BRASIL, STF, 2015, pp. 97-98) é elucidativo, nesse sentido:

[...] [*a reserva do possível*] tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que "dinheiro não nasce em árvores" – para utilizar uma expressão do Cass Sunstein –, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem. [...] O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. [...] E aqui, [...] preservar aspectos mínimos da dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível [...]. De modo que, embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana.

Fux (BRASIL, STF, 2015, p. 106) complementa esse raciocínio:

[...] essa alegação da existência da reserva do possível não pode infirmar um direito fundamental, tanto mais quando se está diante de um confronto com o mínimo existencial. [...] Então, o Doutor Felipe de Melo Fontes tem obra sobre Políticas Públicas de Direitos Fundamentais. E, exatamente, ao abordar a questão dos presos, em relação ao mínimo existencial, ele assenta que, nesses casos, a regra constitucional que veda a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante é exatamente aquela que deve ser observada quando se tem em mente o mínimo existencial; ou seja, o mínimo existencial é não deixar que o preso seja tratado de forma desumana ou degradante, tal como prevê a Constituição Federal.

Frise-se que contemporaneamente o *ius puniendi* do Estado não se faz sozinho e nem tem uma conotação estrita: não se restringe absolutamente a punir mas, para além, é temperado pelos misteres de reeducação e ressocialização. Conforme Foucault (2017, p. 14) “o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’”,

ao que Oliveira (2010) bem observa, a propósito:

A ressocialização do preso é de interesse da própria sociedade uma vez que o condenado a ela retornará após o cumprimento de sua pena e, ao regressar, o indivíduo deve ser capaz de cumprir seus estatutos e não retorne à criminalidade, o que, caso contrário, pode colocar em perigo a segurança e o bem-estar de seus membros.

Assim, a ressocialização implica também no oferecimento de condições mínimas de dignidade à presa enquanto ser humano. Nesse ponto, realça-se a previsão nesse sentido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992), onde se denota expressamente que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

E mais, a ressocialização também implica no atendimento às condições mínimas da presa enquanto mulher e portanto titular de particularidades ínsitas ao sexo a que pertence. Exemplo disso é o previsto na Regra nº 5 das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok (CNJ, 2016, p. 23):

A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.

Nesse mister, o sistema penitenciário adotado pelo Brasil é o sistema progressista, tendo por finalidade a ressocialização do condenado conforme se denota da progressão de regime de que trata o art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), ou ainda, a remição de pena pelo trabalho ou pelo estudo conforme preconiza o art. 126. Nisso se evidencia na ora debatida situação específica o interesse público: é interessante à sociedade não só a ordem social a curto prazo advinda da segregação do infrator, mas também e principalmente a longo prazo a reintrodução do indivíduo ora segregado, após a devida punição, reeducação e ressocialização, sendo que, em relação à mulher, a ressocialização passa pelo oferecimento de condições dignas durante o cárcere.

CONCLUSÃO

Há um paradoxo considerável entre a proposta da política carcerária enquanto política pública e a realidade prisional, e isso se agrava quando se trata da mulher presidiária. O modo como é tratada e as condições em que é acondicionada nas prisões – ou melhor, “desovada” – é tão precário, que conforme exposto o próprio Poder Público reconhece a deficiência estatal no respectivo cumprimento das diretrizes tendentes ao resguardo da dignidade da presa.

Contudo, as penitenciárias brasileiras acabaram por se consubstanciar em verdadeiros depósitos de indivíduos segregados da sociedade. Reduziram-se a locais superlotados e sem saneamento adequado, bem como, no caso da mulher, sem nenhuma ou quase nenhuma estrutura que garanta o mínimo atendimento às suas particularidades enquanto sexo feminino.

Ademais, se comprovou que o atual sistema carcerário feminino é considerado uma Instituição improvisada, sendo observado em geral uma total falta de estrutura nas instituições, representando a incapacidade clara em atenção às particularidades da detenta, não atendendo seus direitos previstos em lei como atendimento médico adequado, dormitórios adequados ao período de gestação, berçários e creches dignos aos menores, entre outros.

Dessa forma, torna-se necessário repensar para que se proceda uma reforma na legislação vigente, apresentando maneiras que visem não só a minorar a violação de direitos das detentas, como também forçar o Estado a atender efetivamente suas necessidades como por exemplo as presidiárias gestantes e seu relacionamento com seus filhos. O investimento estatal deve ser efetivamente feito na estrutura prisional, nos moldes previstos genericamente pelos Tratados Internacionais e especificamente pela Lei de Execuções Penais, ressaltando-se aqui o art. 83 e todo o Título IV da referida Lei. É dizer, o *ius puniendi* estatal deve ser exercido não só para o mister de punir pura e simplesmente, mas com o objetivo de se conferir à presa condições de ressocializar-se para posterior reinserção social, observando-se nesse contexto a inevitável disponibilização de condições que atendam à dignidade humana da mulher presa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 13. ed. rev. – [Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 390.211/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 04 abr. 2017. Publicado em 07 abr. 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1587662&num_registro=201700427891&data=20170407&formato=PDF>. Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.348.458/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08 mai. 2014, publicado em 25 jun. 2014. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200709101&dt_publicacao=25/06/2014>. Acesso em 30 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 592.581/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 13 ago. 2015, publicado em 01 fev. 2016. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=592581&base=acordaos&is_repercussao_geral=true&is_repercussao_geral_merito=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 30 set. 2021.

COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. **Criminologia Crítica e Pensamento Feminista**: convergência, divergência e possibilidades de interpretação. Revista Jurídica. Número 1. Ano 3, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em 20 set. 2021.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN MULHERES, 2ª edição. Brasília, 2017. 79 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977, p. 29.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. **Colisão no exercício de direitos fundamentais**. 254 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2004, 254 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – o nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. Direito ao trabalho do preso: Uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social. **Âmbito Jurídico**, v. n 76, p. 7647, 2010. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-trabalho-do-preso-uma-oportunidade-de-ressocializacao-e-uma-questao-de-responsabilidade-social/>>. Acesso em 30 set. 2021.

RAMOS, Luciana de Souza. **Pelo amor ou pela dor?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Thandara (Org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Colaboração de Marlene Inês da Rosa et al.. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. SciELO. Edição do Kindle. - Editora UNESP. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.