

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

DANIELLY DE PAULA FRANÇA DAMIÃO

**O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:  
A SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRATICADA PELO ESTADO**

RIO DE JANEIRO  
2023

DANIELLY DE PAULA FRANÇA DAMIÃO

**O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:  
A SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRATICADA PELO ESTADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Orientadora Prof<sup>ª</sup>. Dra. Camila Ferrão

RIO DE JANEIRO  
2023

## CIP - Catalogação na Publicação

D158d      Damião, Danielly  
              O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL  
              BRASILEIRO: A SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRATICADA  
              PELO ESTADO / Danielly Damião. -- Rio de Janeiro,  
              2023.  
              45 f.

              Orientador: Camila Ferrão.  
              Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
              Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
              Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

              1. Direito à amamentação. 2. Sistema Prisional. I.  
              Ferrão, Camila, orient. II. Título.

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

DANIELLY DE PAULA FRANÇA DAMIÃO

### **O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PRATICADA PELO ESTADO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – FND da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023.

#### **Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_  
(Nome do orientador, sua titulação e Instituição a que pertence).

\_\_\_\_\_  
(nome, titulação e instituição a que pertence).

\_\_\_\_\_  
(nome, titulação e instituição a que pertence).

## DEDICATÓRIA

Primeiramente, gostaria de expressar minha profunda gratidão à minha mãe, cujo amor, apoio, sustento e incentivo incondicionais foram fundamentais para a minha jornada acadêmica. Sua presença constante e palavras de encorajamento foram uma verdadeira fonte de inspiração. Não consigo encontrar palavras suficientes para expressar a gratidão que sinto por tudo o que você passou ao longo da vida para me criar e chegar a este tão sonhado momento. Você enfrentou inúmeras adversidades e desafios, mas sempre foi uma figura de força e perseverança.

Lembro-me das vezes em que ouviu comentários desencorajadores sobre minhas perspectivas futuras, incluindo a sugestão de que eu me tornaria apenas mais uma empregada doméstica. No entanto, com sua crença inabalável em mim e seu apoio incondicional, hoje estou me formando como bacharel em Direito. Você foi minha maior inspiração e meu exemplo de coragem e determinação.

Sua história de vida e suas próprias batalhas me ensinaram a nunca desistir e a lutar por meus sonhos, independentemente das circunstâncias. Seu amor incansável e sacrifícios inegáveis me fortaleceram e me deram a motivação necessária para superar todos os obstáculos que encontrei no caminho.

À luz da minha conquista, não posso deixar de expressar minha profunda gratidão ao meu filho Benício. Sua presença em minha vida trouxe um propósito renovado e uma motivação inigualável. Desde o momento em que segurei você pela primeira vez, durante nossos momentos de amamentação e troca, nasceu a semente do tema da minha monografia. Seu sorriso contagiante e ouvir suas primeiras palavras fizeram com que eu persistisse mesmo nos momentos mais desafiadores.

Através do nosso vínculo e conexão durante a amamentação, pude compreender a importância do aleitamento materno não apenas para o desenvolvimento físico, mas também para o vínculo afetivo e o bem-estar emocional do bebê. Sua presença foi a inspiração que guiou meus estudos e me incentivou a explorar ainda mais esse campo de pesquisa.

À pessoa que esteve ao meu lado em todos os momentos, meu marido. Você tem sido meu maior apoiador, meu confidente e meu melhor amigo. Sua confiança inabalável em mim e seu amor incondicional me deram a força e a motivação necessárias para persistir quando as coisas se tornaram difíceis. Você sempre acreditou em meu potencial, mesmo quando eu duvidava de mim mesma.

Sua sabedoria e visão de mundo me inspiram diariamente, e espero me tornar um dia tão sábia quanto você. Agradeço por estar ao meu lado em todas as etapas desta jornada acadêmica. Sua presença trouxe equilíbrio e conforto, tornando o processo de estudo e pesquisa menos solitário. Seu amor, compreensão e presença constante tornaram essa jornada ainda mais significativa e especial.

A você, meu amado marido, minha gratidão é imensa. Sua influência em minha vida vai muito além dos estudos, e sou abençoada por tê-lo ao meu lado. Que continuemos a compartilhar os sucessos, as alegrias e as realizações em nossa vida juntos.

Agradeço também a todos os meus amigos e familiares que torceram por mim e ofereceram apoio moral durante todo o processo de realização desta monografia. Suas palavras de incentivo, gestos gentis e compreensão contribuíram para minha motivação e bem-estar emocional.

Por fim, gostaria de expressar minha sincera gratidão a minha orientadora e aos meus professores, cujos conhecimentos, orientações e valiosas sugestões foram essenciais para o sucesso deste trabalho acadêmico. Agradeço por compartilharem seu tempo e expertise comigo.

A todos vocês, minha mãe, meu filho e meu marido, e aos demais que me apoiaram nesta jornada, meu mais profundo agradecimento. Vocês foram meus pilares, minha força e meu combustível para alcançar este objetivo. Que a vida nos recompense com ainda mais momentos de felicidade e realização. Sou grata por tê-los em minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise acerca do direito fundamental à amamentação no sistema prisional brasileiro, com o objetivo geral de demonstrar que existe uma cultura enraizada de desrespeito aos direitos das mulheres não apenas na sociedade, a partir dos estigmas preconizados pela cultura patriarcal no qual o país foi desenvolvido, mas também no sistema carcerário, em que a mulher ocupa um espaço de revitimização no âmbito do cumprimento de pena. Trazendo à tona a questão da “pseudo-finalidade” da pena privativa de liberdade, que repercute em evidenciar não somente a inefetividade da política criminal vigente, mas a sistematização de violação por agentes estatais dos direitos ligados à dignidade humana, essencialmente aqueles atinentes à figura da mulher. Detém-se, nesse sentido, a demonstrar que a violação aos direitos da maternidade tutelados em âmbito constitucional (Constituição Federal de 1988) e legal (Lei de Execuções Penais) alcançam além da pessoa apenada (a mulher), aquele que foi concebido de si, o lactante, que sofre efeitos extrapenais mesmo que o Direito Penal preveja expressamente o princípio da intranscendência da pena, isto é, a vedação à transcendência dos efeitos da pena para além da pessoa do apenado. Propõe-se a investigar ainda, como o poder judiciário assume uma posição contra majoritária em relação à essa cultural de violação aos direitos maternos, em especial ao direito amamentação, ao tentar mitigar essas os efeitos dessas violações, através da concessão de tratamentos diferenciados através de tutelas jurisdicionais, os quais serão analisadas no presente, que infelizmente nem todas as mulheres encarceradas possuem acesso. Sendo certo que, para a construção do presente, a metodologia a ser adotada será exclusivamente o levantamento bibliográfico, em que serão utilizadas as mais diversas fontes do direito, como a legislação propriamente dita, a doutrina, jurisprudência, além da utilização de artigos científicos, trabalhos de conclusão de graduação e exemplares de notório conhecimento acadêmico.

**Palavras-chave:** Amamentação. Sistema Prisional Brasileiro. Lei de Execuções Penais. A sistematização da violência estatal. Revitimização da Mulher.

## ABSTRACT

The present work is an analysis of the fundamental right to breastfeeding in the Brazilian prison system, with the general objective of demonstrating that there is a rooted culture of disrespect for women's rights not only in society, from the stigmas advocated by the patriarchal culture in which the country was developed, but also in the prison system, in which the woman occupies a space of re-victimization in the context of serving her sentence. Bringing up the issue of the "pseudo-purpose" of the custodial sentence, which has repercussions in highlighting not only the ineffectiveness of the current criminal policy, but the systematization of violation by state agents of the rights linked to human dignity, essentially those pertaining to the figure of the woman. It stops, in this sense, to demonstrate that the violation of the rights of motherhood protected in the constitutional (Federal Constitution of 1988) and legal scope (Law on Penal Executions and the Statute of Children and Adolescents) reach beyond the incarcerated person (the woman), the one who was conceived of him/herself, the infant, who suffers extra-penal effects even though Criminal Law expressly provides for the principle of non-transcendence of the penalty, that is, the prohibition of the transcendence of the effects of the penalty beyond the person of the convict. It is also proposed to investigate how the judiciary takes a position against the majority in relation to this culture of violation of maternal rights, especially direct breastfeeding, when trying to mitigate these the effects of these violations, through the granting of differentiated treatments through jurisdictional protections, which will be analyzed in the present, which unfortunately not all incarcerated women have access to. It is certain that, for the construction of the present, the methodology to be adopted will be exclusively the bibliographic survey, in which the most diverse sources of law will be used, such as the legislation itself, doctrine, jurisprudence, in addition to the use of scientific articles, graduation papers and examples of outstanding academic knowledge.

**Keywords:** Breastfeeding. Brazilian Prison System. Law on Criminal Executions. The systematization of state violence. Re-victimization of Women.



## Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1.1. A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	14
1.2. A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO SISTEMA PENAL.....	19
1.3. OS DIREITOS DA MTERNIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL.....	22
1.3.1. O DIREITO À AMAMENTAÇÃO .....	25
1.3.2. CENÁRIO PRISIONAL BRASILEIRO .....	28
2.1. SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL: UM HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS LIGADOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	32
2.2. OS EFEITOS EXTRAPENAIIS: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTRANSCEDÊNCIA.....	33
3.1. O PODER JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA.....	36
3.2. TUTELAS JURISDICIONAIS MITIGADORAS .....	40
4. CONCLUSÃO .....	44
5. REFERÊNCIAS.....	46

## INTRODUÇÃO

O histórico de estigmatização da mulher em sociedade não é novidade no Brasil, isso porque as raízes históricas nacionais demonstram com evidência inquestionável, que a mulher sempre ocupou posição subalterna em todos os marcos históricos que fundaram a República Federativa do Brasil<sup>1</sup>.

Não porque inexistiam figuras femininas na construção do país, mas sim porque se preferiu excluí-las, por questões culturais que permeavam (e ainda permeiam) a sociedade brasileira, o que de certo, era/é resultado de ditames instituídos por um sistema patriarcal consubstanciado na ideia de inferioridade mulher em relação ao homem (física, intelectual e espiritual).

Modelo de exclusão que é difundido não apenas pela sociedade brasileira, mas pelo mundo todo desde o surgimento da humanidade, seja na Grécia antiga<sup>2</sup>, em que os gregos acreditavam que as mulheres seriam seres inferiores na escala metafísica e por esse motivo apenas homens podiam ter uma vida pública, já que as mulheres apenas serviam para cuidar da vida privada, sendo que seus deveres se restringiam apenas ao cuidado com os filhos e com o lar.

Seja na Revolução Francesa<sup>3</sup>, em que os homens ainda acreditavam na subalternidade da mulher como cidadão reivindicador, ou ao menos demonstravam isso, em que qualquer mulher que suscitasse a questão da desigualdade entre gêneros, era considerada inimiga número um do estado e tinha como destino a morte na guilhotina.

É evidente, portanto, que a estigmatização e a construção de discurso de ódio contra o gênero feminino foi se afunilando cada vez mais e acabou se tornando o fator legitimador da violência praticada contra esse grupo, já que as ideias de inferioridade/subalternidade tornavam

---

<sup>1</sup> FARIAS, Marcilene. A história das mulheres e as representações do feminino na história. Revista Estudante Feminista da Universidade Federal de Grandes Dourados. 2009. P. 5.

<sup>2</sup> SILVA, Sergio. Preconceito e Discriminação: as bases da violência contra a mulher. Revista Psicologia, Ciência e Profissão. 2011. P. 13.

<sup>3</sup> Idem.

os episódios de violência irrelevantes e passíveis de serem resolvidos em âmbito familiar, que por vezes, era o local de maior violação da dignidade feminina<sup>4</sup>.

Tal cenário piora quando a mulher sai da esfera de poder familiar e passa ocupar espaços que antes eram proibidos ou vistos com maus olhos pela sociedade, como o mercado de trabalho, a política, a arte, a ciência etc., pela necessidade causada pela revolução industrial e pelo período bélico mundial.

Pois, apesar do período de necessidade de “ajuda” da mulher ter sido obstado, essencialmente com o fim das guerras, a mulher não retornou, em grande parte, ao seu “local de origem”, a casa, uma vez que houve a manutenção das mulheres nesses espaços de poder por movimentos reivindicadores, que mais tarde seriam conhecidos como movimentos feministas, o que foi visto como uma forma de resistência pelo grupo hegemônico e passível de repressão, conforme analisado pelas cientistas sociais Leila Machado e Maria Baptista<sup>5</sup>:

Nesse período, que coincidiu com o término da Segunda Guerra Mundial, voltou a prevalecer uma valorização do papel feminino associado ao lar, em torno do triângulo mãe-esposa-dona-de-casa, enquanto do homem se esperava cumprir o papel de provedor da família.

[...]

Ampliava-se, contudo, a presença das mulheres em diferentes espaços públicos, tanto sociais como profissionais, trazendo conflitos que, de certa forma, perduram até hoje [...].

Assim, institucionalizou-se a desigualdade de gênero, em que mulheres passaram a ocupar os mesmos espaços que homens, passando a lutar para a manutenção daquele posto que foi havia sido concedido temporariamente, mas que tinha interesse em ocupar independentemente de legitimação externa, foi assim que se iniciou uma busca desenfreada pela independência feminina e sua ascensão econômica e social.

Ocorre que, conforme repisado anteriormente, a luta pela emancipação da figura feminina agravou a situação de estigmatização da mulher na sociedade, em que se pode utilizar como exemplo a associação da imagem do feminismo à figura de uma mulher selvagem que perdura até os dias atuais, não só isso como a exasperação da violência contra a mulher, agora não mais restrita aos ambientes familiares, mas atualmente aos ambientes institucionais e de poder.

---

<sup>4</sup> SANTOS, Ana Paula. Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. XII Seminário Internacional de Demandas e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2016. P. 4.

<sup>5</sup> COELHO, Leila. A História da Inserção Política da Mulher no Brasil: uma Trajetória do Espaço Privado ao Público. Revista Psicologia Política. 2009. P. 91.

Sendo esse tipo de violência que o presente propõe-se analisar, pois muito se evidencia sobre as demais formas de violação, como a física e sexual, mas ao que tudo indica deixa-se de lado, em razão da subjetividade, a violência psicológica e moral realizada contra a mulher em todos os espaços, a violação a sua dignidade é normalizada até por quem deveria lhe proteger – o Estado –.

A situação da mulher que já é grave em razão de todo o preconceito praticado por seus iguais, sofre um agravamento quando esse preconceito sai do seio familiar e alcança níveis institucionais, fenômeno denominado como revitimização da mulher que chega no seu ápice, quando esse tipo de violência a acomete em momentos de grande fragilidade, como o cerceamento de sua liberdade (forma de punição estatal) cumulado com período puerperal.

Não que o sistema prisional brasileiro não viole a dignidade de todos aqueles que tiverem sido acometidos à pena de reclusão, devido às condições dos presídios brasileiros, não é isto que está sendo afirmado, mas pelo histórico de violência realizada contra a mulher, ao ser minorizada em sociedade e pelo estado durante séculos<sup>6</sup> e pelas suas particularidades biológicas, o sistema de encarceramento feminino diferencia-se do ordinário, tendo em vista o duplo sofrimento e submissão a tratamento indigno da mulher apenas pelo fato desta ser mulher e estar em situação de cumprimento de pena.

Tratar do encarceramento feminino implica em debruçar-se sobre diversas problemáticas, sendo que neste pretende-se analisar a sistematização das violações de direitos da mulher, em sua faceta mais íntima que perpetua a continuidade da vida, a amamentação de um filho.

Detendo-se a demonstrar que a legislação apesar de ser objetiva e expressa quanto à tutela ao direito do menor a ser alimentado, mesmo que nos estabelecimentos prisionais durante determinado lapso-temporal, os art. 5º, L, da Constituição Federal de 1988 e art. 82, § 2º, da Lei de Execução Penal assim dispõe:

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:

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

---

<sup>6</sup> KALLAS, Matheus. A Falência Do Sistema Prisional Brasileiro: Um Olhar Sobre O Encarceramento Feminino. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 62-89, 1º sem. 2019. P. 23.

§ 2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Tal medida normativa é ineficaz, haja vista que existe um elemento social, a cultura de estigmatização e revitimização da mulher, que legitimam a sistematização da violência aos direitos da mulher quanto à maternidade, de forma contínua e normalizada pelos agentes estatais, no cumprimento de pena no sistema prisional brasileiro, fato que não apenas causa sofrimento e ataca a integridade psíquica da mulher, mas também a integridade psíquica e física do menor.

Fazendo com que o desrespeito aos direitos postos ultrapasse a pessoa condenada, isto é, a mulher, uma vez que não está-se-á diante de uma discussão estritamente relativa à dignidade da mulher, mas os efeitos extrapenais causados ao menor pela separação maternal em momento tão precoce da vida humana<sup>7</sup>, o período de amamentação da criança. Efeitos estes que são vedados na lógica jurídica penal, conforme preconiza o art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988 conhecido como princípio da intranscendência da pena.

Não apenas isso, mas a demonstrar que toda essa cultura de violação da dignidade da mulher no sistema carcerário, no que concerne aos direitos da maternidade, essencialmente, a amamentação se dá apenas pela cultura de subalternidade do gênero feminino difundida ao longo do tempo em sociedade, tendo em vista que a finalidade da pena privativa de liberdade não é alcançada – apenas alcança os efeitos negativos – tampouco prevalece frente ao direito do menor de não sofrer com os efeitos extrapenais da pena aplicada pelo Estado a sua provedora.

Objetivando ainda, nesse sentido, trazer à tona o papel do Poder Judiciário no âmbito de sua função contra majoritária, no combate à institucionalização da violência de gênero nos estabelecimentos prisionais quanto aos direitos da maternidade, através de medidas judiciais alternando o regime de execução da pena, por entender as circunstâncias nas quais aquela mulher está sendo submetida nos estabelecimentos prisionais, sucateados e insalubres, nos quais o Estado aprisiona os indivíduos e que a criança não deva ser acometida por qualquer sofrimento decorrente do ilícito cometido pela figura maternal.

---

<sup>7</sup> LIMA, Vanessa. A importância do aleitamento materno: uma revisão de literatura. Monografia. Universidade Federal da Paraíba. 2017. P. 32.

Para, por fim, notabilizar que o auxílio dado pelo Poder Judiciário não alcança todas as mulheres igualmente, por fatores econômicos ou não, a verdade é que existem subgrupos que sofrem maior violência institucional, que ultrapassam a cultural patriarcal de gênero e entram na seara de outras formas de preconceito quanto à raça, cor, nacionalidade, condição socioeconômica, que será levemente levantado para que se possa concluir.

De modo a demonstrar que apesar dos esforços judiciais (sob demanda, por óbvio), estes não chegam perto de mitigar as violações realizadas à dignidade da pessoa humana e muito menos ao epicentro do presente trabalho, o direito essencial à amamentação no sistema prisional brasileiro, que como será apresentado, não apenas é desrespeitado como normaliza-se a sua não obediência pelos agentes estatais, o que gera uma sistematização da violência estruturada e praticada pelo próprio estado.

### **1.1. A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

De plano, é imprescindível desmistificar o pensamento retrógrado de que o cárcere é a única medida estatal, que atende ao objetivo do Estado em punir o indivíduo que comete uma conduta desviante.

É de notório saber que o *ius puniendi* pertence ao Estado, o qual é único detentor da legitimidade de punir<sup>8</sup>, figura que exerce a aplicação de sanções com o fim, teoricamente, de proteger bens juridicamente relevantes. Assim, embora Von Liszt<sup>9</sup> acredite que o Direito tem a finalidade exclusiva de tutelar os interesses da vida humana (independentemente se são ilegítimos), por entender que o bem jurídico não é um bem do Direito ou da ordem jurídica; ao contrário, é um bem do homem que o direito reconhece e protege, pois “a proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz”.

Assim como Alessandro Baratta<sup>10</sup> explica que a intervenção estatal se dá exatamente por causa da legitimidade basilar do Estado, em reprimir condutas que socialmente são reprováveis e reafirmar os valores nortes da construção de uma sociedade:

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 64.

<sup>9</sup> LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. P. 87.

<sup>10</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P. 147.

Princípio da Culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.

O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

É inevitável observar que o Estado nem sequer observa a figura do apenado e suas condições no momento da aplicação da pena, tão somente a atender aos anseios de uma maioria para demonstrar que o punitivismo é a regra no Direito Penal, invertendo toda sua lógica de fragmentariedade e subsidiariedade.

No Brasil, ao analisar *ipso facto* o conteúdo do Código Penal brasileiro vigente, é possível observar que o legislador, ao editar suas disposições, optou pela aplicação da pena privativa de liberdade em grande parte da referida codificação, por acreditar tanto no seu caráter retributivo, como punitivo<sup>11</sup>, deixando totalmente de lado o objetivo ressocializador da sanção penal, o que reforça o entendimento de que o Direito Penal se tornou mais um organismo de controle de corpos que não atende mais a sua finalidade legítima.

Inobstante, apesar deste ter como finalidade a regulamentação das relações sociais para alcançar a pacificação social<sup>12</sup>, o que ocorre é exatamente o contrário, como pode ser observado na realidade carcerária brasileira, segundo Paula Rosa<sup>13</sup>:

A mortalidade dentro das unidades prisionais – considerando-se as mortes intencionais – é seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil. Dessa forma uma pessoa, quando é presa no Brasil, tem não apenas a sua liberdade privada – e todos os danos decorrentes dessa privação, como o afastamento da família, do círculo social e da sua comunidade -, mas é submetida a um ambiente que viola a sua integridade física, emocional e até sua vida. E tudo isso enquanto sob custódia do Estado, o mesmo prevê a pena, aplica-a e administra.

Isto é, não apenas o Direito Penal falha em seu objetivo principal, como desrespeita uma gama de garantias individuais no âmbito da execução penal, inclusive a própria vida e dignidade daqueles que são acometidos ao sistema prisional brasileiro, em especial a mulher que

---

<sup>11</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. – 7. ed., rev., atual. ampl. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P. 123.

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 132.

<sup>13</sup> ROSA, Paula. A função Ressocializadora da Pena e o Poder Judiciário: Encarceramento em Massa e a Responsabilidade Estatal. Tese de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2017. P. 1-2.

historicamente tem uma situação existencial agravada e é vítima de episódios de duplo sofrimento.

Autores garantistas que defendem a limitação do poder punitivo, como Michel Foucault, acreditam até que existe uma função obscura para escolha da prisão como a principal forma de sancionamento penal, pois em sua obra “Vigiar e Punir”, o autor preconiza expressamente tal pensamento ao dizer “[...] a prisão não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha: estigmatizar, segregar e separar os delinqüentes.”<sup>14</sup>.

Por outro lado, autores defensores do punitivismo, como Rogério Greco, defendem que a pena de privativa de liberdade trata-se de uma consequência “natural” para aqueles que não seguem os ditames e padrões impostos pela legislação penal, *in verbis*: “a pena: [...] é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”<sup>15</sup>.

Na mesma linha Damásio de Jesus defende nos mesmos termos a legitimidade e efetividade do cerceamento de liberdade como remédio para os desvios sociais reprováveis, em que diz: “[...] a pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.”<sup>16</sup>.

Em que pese tais posicionamentos incontroversos sejam recentes e atuais, essa discussão possui um histórico muito mais profundo. Trazendo para uma breve contextualização no âmbito da ciência criminológica, existem diversas proposições que defendem qual seria a real finalidade pena, inclusive a privativa de liberdade, a qual faz parte do presente trabalho.

Resumidamente, a pena teria as seguintes funções<sup>17</sup>: i) preventiva; ii) retributiva; iii) reparatória; e iv) a reabilitatória. Em sua faceta preventiva, se detém a prevenção de crimes, o qual seria espécie de mandamento que impõe “medo” e “temor” para aquele que coteja realizar uma ação delitiva.

---

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. P. 208.

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 346.

<sup>16</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1. P. 278.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 131.



É como se com a predeterminação de uma sanção isso fizesse com que os indivíduo não cometesse aquela conduta por antever o sofrimento causado. Ademais, segundo o professor Cezar Bitencourt, esta função ainda se subdivide em prevenção negativa e positiva<sup>18</sup>:

A prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

Isto é, a pena causaria tanto um sentimento de medo ao indivíduo que pretende realizar uma conduta desviante, como o colocaria em uma posição de constrangimento perante a sociedade, os seus iguais. De modo geral, seria pensar que a pena privativa de liberdade, por exemplo, seria a solução para a criminalidade, o que por óbvio não passa de uma falácia descometida.

Outrossim, na seara em que se considera a pena em sua função retributiva, entende-se que a pena seria uma consequência natural<sup>19</sup>, como forma de retribuição à lesão ou ameaça a direito alheio. É como se o fato de alguém ter privada sua liberdade implique no bem-estar social, afinal a sociedade teria uma retribuição para aquele indivíduo que decidiu ferir bens jurídicos relevantes.

Para muitos autores, como André Estefam<sup>20</sup>, a pena seria “um mal necessário”, já que causa sofrimento ao apenado na mesma medida que este “delinquente” causa para com a sociedade, o que não parece ser uma visão tão condizente aos princípios constitucionais vigentes, o Direito Penal nesse sentido seria um instrumento de vingança da sociedade.

Ademais, sobre a função reparatória, em síntese, se trata de uma função secundária, em que a pena também possui uma natureza pecuniária, como uma indenização dada a pessoa que teve seu direito violado, segundo o próprio professor André Estefam <sup>21</sup>: “Consiste em compensar a vítima ou seus parentes pelas consequências advindas da prática do ilícito penal.”

Outrossim, em sua função readaptativa a pena poderia ser explicada como um mecanismo de reeducação, em que o preso não seria considerado um estigma sociológico, mas

---

<sup>18</sup> Idem. P. 137.

<sup>19</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 138.

<sup>20</sup> ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1o a 120 – v. 1 / André Estefam. – 11. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. P. 276.

<sup>21</sup> Idem. P. 287.

sim que a sanção aplicada seria uma forma de reeducação do criminoso, visando seu retorno à sociedade de modo a obedecer aos padrões socialmente impostos.

Em que pese esta última função ser a mais adequada e ter previsão expressa no art. 10 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”. Infelizmente, a função reabilitadora da pena, sob o ponto de vista do sistema penal brasileiro, é a finalidade menos perseguida pelas autoridades brasileiras.

Isso porque resta evidente, que no âmbito do sistema penitenciário feminino brasileiro, por exemplo, a pena privativa de liberdade se detém a atender apenas as funções negativas da pena, qual seja, seu caráter retributivo e preventivo, em que os operadores do processo penal visam tão somente a causar sofrimento às apenadas – de todas as formas possíveis – para que estas não venham a praticar novamente condutas delitivas<sup>22</sup>.

Tal como objetivam impor medo às demais mulheres da sociedade, de modo que a situação precária do sistema prisional brasileiro, no cerne de todas as suas violações, seja o último lugar que qualquer mulher poderia imaginar em ocupar.

Sendo certo, que a função reparatória e a reabilitatória sequer são cogitadas de serem alcançadas, uma vez que o estigma em relação à figura do delinquente, opera-se não apenas ao homem, mas também à mulher que, teoricamente, teria maior dever em seguir regras por sua posição de obediência e imagem “angelical”<sup>23</sup>.

Logo, conclui-se que a pena em sentido geral, em especial a pena privativa de liberdade, apesar de possuir diversas funções segundo a doutrina penalista, não as atendem na realidade material, uma vez que o discurso reabilitador da pena não passa de um discurso criminal ardil que, por óbvio, não é fatidicamente verídico

Afinal, como pode-se dizer que o cerceamento da liberdade individual de uma mulher em seu estado puerperal, é uma contrapartida coerente e justa do Estado para atender à função retributiva da pena? É dizer que a pena é um mal necessário àquela mulher em razão do delito

---

<sup>22</sup> Nos documentários nacionais “Mães no Cárcere” e “Dois Prisioneiros: A maternidade no cárcere”, disponíveis na plataforma do *youtube*, link: <https://www.youtube.com/watch?v=eI0jEdet63A>, verifica-se a situação de precariedade nos quais são acometidas as presas, em que elas demonstram se sentirem privilegiadas por terem a oportunidade de ter o direito de amamentar, o que na verdade é um direito basilar da criança e dever do Estado, não um privilégio.

<sup>23</sup> BURCKARDT, Rafaela. Encarceramento Feminino no Brasil: igualdade e diferença no âmbito do sistema prisional. VI Seminário de Direitos Humanos e Democracia, 2019. P. 16.

que esta cometeu anteriormente, sem ao menos observar as peculiaridades atuais da mulher encarcerada, apenas para cumprir o objetivo de causar sofrimento a outrem, trata-se também de afirmar que isso traz efeitos benéficos para sociedade e não apenas uma falsa sensação de vingança por uma maioria que teve seu regramento social violado.

## **1.2. A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO SISTEMA PENAL**

Adiante, apesar de tal cenário ocorrer em todo o sistema carcerário brasileiro, haja vista que as condições básicas sanitárias e alimentares são precárias em todo o país<sup>24</sup> tanto para homens, como para mulheres, conforme dito anteriormente, existe um elemento diferenciador no sofrimento causado aos indivíduos: o fato da figura do criminoso não ser considerado quanto às suas particularidades, haja vista que é de notório saber que a figura feminina possui peculiaridades biológicas e sociais que a diferenciam do homem, essencialmente quanto aos elementos pretéritos ao encarceramento.

Quando se pensa na situação da mulher pobre, preta e periférica que ocupa 68% dos estabelecimentos prisionais no Brasil, segundo pesquisa do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, o que se verifica é a existência de um histórico longo de estigmatização, que diz respeito à uma cultura patriarcal no qual nasceu o próprio cenário nacional, o que de longe não é verificado pelo Estado Leviatã<sup>25</sup> que vigia e pune indiscriminadamente.

Desde a cultura familiar perpetuada pelas comunidades indígenas que eram centradas na figura do homem caçador que provém o sustento de sua família, até a chegada dos portugueses no ano de 1500, em que houve uma intensificação dessa ideia de centralidade homem, no qual tal figura, ao chegar em solo brasileiro, passou a ocupar não apenas o posto de autoridade familiar, mas o poder político e econômico.

O histórico nacional nasceu sob à luz de um “ideal” de superioridade do homem sobre a mulher, tendo em vista que apenas restaram atividades secundárias e subsidiárias para esse grupo, como o cuidado com a casa e os filhos, fato que culminou na permanência da mulher à penumbra da imagem do homem provedor, que era o único que possuía obrigações relevantes.

As mulheres desde os tempos mais remotos foram ensinadas do que a figura homem era condizente à capacidade plena e intelectual para atuar em qualquer âmbito vivencial, já a mulher

---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ, Alexandra. Situação nos Presídios é devastadora. Pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 2020.

<sup>25</sup> HOBBS, T. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 52.

coube apenas a correlação ao retrato do indivíduo arcaico e rudimentar, desprovido de qualquer capacidade de atuação no desenvolvimento da sociedade, em que apenas lhe restou o ônus de servir e prover a vida dos demais, embora até os dias atuais não haja qualquer comprovação empírica de diferença intelectual entre os sexos<sup>26</sup>.

Assim, esse regime patriarcal que remotamente insurge dentro no âmbito familiar, com a figura onipotente do pai autoritário que provém e detém de todo poder decisório familiar, isto é, que é a última palavra em qualquer assunto atinente à casa, à vida de sua esposa e à vida de seus filhos, conforme bem pontua Simone de Beauvoir:

A hierarquia dos sexos manifesta-se a ela primeiramente na experiência familiar; compreende pouco a pouco que, se autoridade do pai não é a que se faz sentir mais quotidianamente, é, entretanto, a mais soberana [...] Tudo contribui para confirmar essa hierarquia aos olhos da menina. Sua cultura histórica, literária, as canções, as lendas com que a embalam são uma exaltação do homem.<sup>27</sup>

Passa a ocupar outros espaços, como os ambientes institucionais e de trabalho, lugares os quais as mulheres demoraram muito tempo para ocupar, mas quando ocuparam também passaram a ser alvo de preconceito e discriminação, em razão da sua própria natureza, apenas pelo fato de serem mulheres.

Foi assim que a cultura patriarcal ganhou novos ares e transcendeu o seio íntimo, em que passou a legitimar não apenas os episódios de violência física contra a mulher no âmbito domiciliar, mas outras formas de desvalorização do trabalho feminino, a violência institucional, política e psicológica, nos mais diversos níveis.

Um bom exemplo sobre o início dessa violência institucional, que enseja o fenômeno de revitimização da mulher é o fato de que, em âmbito penal, até 1940, era possível identificar episódios de violência institucional realizada pelo próprio legislador, que criminalizava a perda da virgindade e a infidelidade, considerando tais condutas como “desviantes”, do ponto de vista ortodoxo, uma vez que não eram condizentes com o ideal de mulher submissa, que tinha dedicação exclusiva à família.

Tal estigma e tratamento cruel dado às mulheres ao longo do próprio surgimento da sociedade brasileira, de longe, não é e nunca foi levado em consideração na aplicação da pena,

---

<sup>26</sup> MENDOZA, Carmen. Diferenças intelectuais entre homens e mulheres: uma breve revisão da literatura. *Psicólogo inFormação* ano 4, nº 4, jan/dez. 2000. P. 22-27.

<sup>27</sup> BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*, volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. P. 28.

enquanto a figura do homem delinquente, que sempre esteve em sociedade em posição privilegiada será alvo pela primeira vez de julgamento e sofrimento, por ter causado um mal à sociedade, a mulher apenada acostumada com o histórico de desvalorização, discriminação e violência dentro e fora de sua casa, é vítima mais uma vez do julgamento (subjugação) e de sofrimento, agora não mais apenas pela sociedade, mas também pelo Estado.

Assim, o fenômeno de revitimização ou dupla vitimização fica escrachado no âmbito do sistema penal, sendo certo que a desconsideração de fatores biológicos e sociais no tratamento da figura da mulher é regra no processo penal<sup>28</sup>, em que pese ser expresso o histórico de estigmatização desse grupo ao longo do tempo e sua condição humana necessitar de cuidados específicos, em razão da gravidez e do próprio período menstrual<sup>29</sup>.

Ora, não basta que mulheres tenham sido tratadas desigualmente em suas casas e trabalhos historicamente, quando essas são presas por condutas que em grande parte não possuem um grande potencial ofensivo, são tratadas pela segunda vez como seres indignos, que não poderiam, ou melhor, não têm o direito de errar.

Afinal, um homem pode cometer um crime e ser julgado apenas por aquele delito, mas a mulher é julgada pela sociedade antes do cárcere, pomenorizada no ensino e no trabalho, quando erra é subjugada pelas autoridades, quando é vítima é tratada como se fosse infratora e quando infratora propriamente dita, não basta apenas causar um mal necessário, obstando seu direito de ir e vir, como ocorrem com os homens, é necessário causar mais uma onda de sofrimento, de modo a ferir sua dignidade em todas as facetas, como será demonstrado adiante, inclusive durante a maternidade. Pois como bem salienta Vera Andrade, o sistema penal para mulheres não passa de:

[...] um subsistema de controle social, seletivo e desigual, tanto de homens como de mulheres e porque é, ele próprio um sistema de violência institucional, que exerce seu poder e seu impacto também sobre as vítimas. E, ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social (Lei, Polícia, Ministério Público, Justiça, prisão) que representa, por sua vez, a culminação de um processo de controle que certamente inicia na família, o sistema penal duplica, ao invés de proteger, a vitimização feminina.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> BURCKARDT, Rafaela. Encarceramento Feminino no Brasil: igualdade e diferença no âmbito do sistema prisional. VI Seminário de Direitos Humanos e Democracia, 2019. P. 15.

<sup>29</sup> Os elementos biológicos não serão analisados em razão da ausência de expertise em explicar os fatores orgânicos atinentes à mulher.

<sup>30</sup> ANDRADE, Vera Regina de. Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (de)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. P. 75

### 1.3. OS DIREITOS DA MATERNIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

Adiante, embora haja todos esses fatores de violação direta à dignidade feminina como se houvesse um vácuo normativo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma gama formal de proteção à mulher no estágio de maternidade, que infelizmente é ineficaz quando se trata de tais garantias no âmbito carcerário.

Isso porque, os direitos inerentes à maternidade são amplos e gerais, aplicados a todo e qualquer grupo de mulheres independente de sua condição, isto é, o legislador, em grande parte, apenas tratou da gravidez considerando que as mulheres não se submeteriam a situações que as fizessem perder a liberdade, o que fatidicamente veio acontecer por diversos fatores sociais e econômicos.

Não obstante, no plano internacional as organizações transnacionais adotaram outra postura ao editar normas com recomendações atendendo à necessidade de especificidade da situação em que as mulheres destinatárias estariam submetidas, como a prisão, vulnerabilidade econômica etc.

Assim, partindo-se dessas premissas, entende-se que o sistema de tutela aos direitos da maternidade das mulheres encarceradas engloba tanto normas nacionais de caráter cogente, como normativos internacionais de natureza *soft law*, os quais não têm efeitos *erga omnes*, que se detém a prever direitos basilares atinentes à mulher em seu período puerperal e ao menor que está em vias de nascer.

Para fins de delimitação desta seara, foram utilizados normativos que mais tratam de modo específico da maternidade, quais sejam: i) Constituição Federal; ii) Estatuto da Criança e do Adolescente; iii) Lei de Execuções Penais; e iv) Regras Internacionais de Bangkok da ONU.

Em primeiro lugar, em âmbito constitucional verifica-se a existência dentre o rol de direitos sociais (art. 6 da CFRB/88) de uma tutela específica em relação à maternidade, possuindo para tanto caráter prestacional, o qual dispõe que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Outrossim, a Carta Magna ainda trata da proteção da maternidade em outros dispositivos em seu texto, como os arts. 201, II e 203, I, que trazem a especial atenção da mulher gestante no atendimento e concessão de benefícios previdenciários, os quais deverão ser tratados com prioridades, devido à situação de fragilidade física e psíquica que são acometidas durante a gravidez, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...]  
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:  
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

No entanto, muito embora a previsão de tutela a esse estado específico da mulher seja cristalina, a sua aplicação a partir de políticas públicas idealizadas pelas entidades públicas se revela um tanto ineficaz e inadequada<sup>31</sup>, haja vista que existem poucas medidas estatais no sentido de concretizar tal objetivo, muito pelo contrário, como será visto adiante, o que acontece é uma cultura de desrespeito aos direitos da mulher grávida e do próprio menor no sistema prisional brasileiro.

Além disso, em nível infralegal, a proteção dada a maternidade tem previsão em normativos ligados, em grande maioria, à figura do menor que pode vir a sofrer os efeitos extrapenais da sanção aplicada, um exemplo disso é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura à mulher um tratamento humanizado durante o período gestacional, veja:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

---

<sup>31</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 147.

Na mesma toada, o normativo responsável por regular o procedimento de execução das sanções penais (Lei nº 7.210/1984), também prevê a tutela ao período gravídico, já que além de prever o direito à saúde do preso no geral (art. 14, *caput*), dispõe em um dos seus parágrafos (§3) o tratamento especial que deverá ser dado à mulher, *in verbis*:

Artigo 14, A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

[...] §3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Em que pese o referido dispositivo não ser tão claro quanto o ECA em instituir o tratamento humanizado da mulher antes, durante e após o parto, infere-se que o dispositivo parece querer garantir os tratamentos de saúde para todas as mulheres que estão submetidas ao regime de privação de liberdade, inclusive o cuidado com a higiene pessoal, nutrição e da saúde do menor.

Para além, em consonância com as regras gerais, ainda existe a Lei nº 11.634/2007 que obriga o Sistema Único de Saúde – SUS a prestar o assistencialismo integral às mulheres no estado gestacional, estando estas dentro ou fora dos estabelecimentos prisionais, devendo todo o pré-natal ser garantido às mulheres independentemente de sua situação.

Em segundo lugar, no âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas – ONU trata com centralidade e seriedade a questão da maternidade no sistema prisional, uma vez que editou o documento denominado de “Regras Mínimas para tratamento de Prisioneiras”, conhecido como Regras de Bangkok para tratar exclusivamente sobre a temática.

Dentre todos os diplomas jurídicos, esse regramento internacional é o mais próximo do ideal ao tratar do problema em questão, uma vez que todos os dispositivos tratam com seriedade a questão da alocação cômoda da mulher nas alas prisionais, a higiene pessoal que demanda maior cuidado em relação ao homem no que tange ao período menstrual e puerperal, a segurança alimentar que é mais delicada durante a gravidez e pode causar complicações etc.

Tanto é verdade tal premissa que em seu art. 23<sup>32</sup>, esse normativo prevê todos os cuidados que os agentes públicos e os próprios estabelecimentos prisionais devem observar, ao

---

<sup>32</sup> CNJ, 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 / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.



tratar a questão da maternidade dentro desses espaços, inclusive aos possíveis efeitos extrapenais que pode vir a reverberar no menor, veja:

23. Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento de presas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, deverão ser tomadas medidas para que o parto ocorra em um hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal fato não deverá constar no seu registro de nascimento.

Inobstante toda essa pseudoproteção dada pelos normativos e documentos acima ilustrados, a verdade é que essas disposições são tratadas como meras regras que, ao que tudo indica, não possuem força suficiente para coagir alguém a respeitá-las, as normas nacionais são meramente enunciativas e carecem de especialidade em determinar como serão as políticas públicas<sup>33</sup>, como, por exemplo, as medidas a serem adotadas para promover o pré-natal dentro das penitenciárias tão digno quanto as que ocorrem nas unidades de saúde da família ou “tratamento humanizado” como bem dispõe a norma.

Muito pelo contrário, se limitam a pronunciar sobre promessas de tratamento igual, digno e humano, mas como será demonstrado a seguir, todas as previsões não tratam de textos vagos que tentam impor orientações que sequer são fáceis e viáveis de serem implantadas. Ao analisar brevemente a condição dos estabelecimentos carcerários no país, verifica-se que as condições básicas de dignidade não são atendidas para todos os presos, quem dirá em “consonância com os padrões do SUS” como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Por outro lado, o regramento internacional apesar de ser adequado e proporcional, na medida certa, carece de força em que sequer pode ser considerado um normativo propriamente dito, a própria Organização os coloca como meras recomendações a serem vislumbradas pelos Estados para respeitarem de forma plena os Direitos Humanos da mulher, o que repercute no fato de que se trata de normas *soft law*, que não possuem força vinculativa e tampouco o seu descumprimento repercute na aplicação de sanção.

### 1.3.1. O DIREITO À AMAMENTAÇÃO

Não obstante toda tutela geral ineficaz dada pelo Estado brasileiro sobre o período puerperal e o parto, que fazem parte dos direitos inerentes à maternidade, o legislador

---

<sup>33</sup> BURCKARDT, Rafaela. Encarceramento Feminino no Brasil: igualdade e diferença no âmbito do sistema prisional. VI Seminário de Direitos Humanos e Democracia, 2019. P. 39.

constituente elencou acertadamente dentre esse rol, o direito de alimentar o menor concebido, em que essa garantia não é apenas restrita a subsistência da criança, mas também para assegurar a dignidade da mulher em prover e aleitar seu filho durante um período tão frágil da criança, mesmo que nas unidades prisionais.

De certo, pela redação do art. 5º, L, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual assegura o direito à amamentação, a redação conflui no sentido de uma preocupação maior do legislador com o desenvolvimento biológico do bebê<sup>34</sup>, veja: “[...] às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”.

Isso porque, em nível legal isso ocorre na seara da Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, com a finalidade expressa de conceder ao menor o direito deste não só ser concebido, como ter um desenvolvimento alimentar digno, mesmo que a figura materna esteja confinada em estabelecimento penal, conforme prevê o art. 9º do ECA:

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Outrossim, embora o benefício da amamentação seja visto do ponto de vista jurídico como um beneficiamento para o menor, do ponto de vista sociológico ao observar em conjunto, verifica-se que os benefícios são dúplices, já que, a amamentação não é apenas direito do menor de se alimentar nos primeiros meses de vida, como também é um direito da detenta de propiciar o aleitamento de seu filho, o qual lhe traz uma satisfação pessoal e fortalece os laços afetivos por estar cumprindo com o seu dever como mãe<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo :Saraiva, 2017. P. 249.

<sup>35</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 148.

Além disso, ainda lhe traz uma série de consequências biológicas favoráveis à figura materna, já que segundo o Ministério da Saúde<sup>36</sup>, o aleitamento diminui as chances de hemorragias pós-parto, ajuda na recuperação do peso, diminui o risco de câncer de mama, ovário e endométrio, bem como auxilia no retardamento da ovulação, por isso o órgão realiza anualmente a campanha nacional para incentivar a amamentação.

Benefício que não pode ser contestado pelo fato da mãe estar encarcerada, já que é nítido no orden penal brasileira, que a pena privativa de liberdade, quando imposta, não deve ser aplicada com o objetivo de ferir outros direitos dos condenados, que não seja estritamente a privação da sua liberdade, tanto é que sua dignidade humana, integridade física e psíquica devem ser obrigatoriamente respeitada por força constitucional<sup>37</sup>.

Além disso, em nível internacional as Regras de Bangkok também tratam do direito à amamentação, essencialmente a partir do art. 48, o qual institui diversos deveres aos Estados que fazem parte da Organização das Nações Unidas – ONU, como o de conceder tratamento diferenciado às mulheres grávidas e lactantes, de modo a proporcionar o melhor cenário vivencial possível para a mãe e a criança, inclusive no momento de aleitamento no qual a alimentação da mulher deve receber auxílio de um profissional de nutrição.

Entretanto, apesar de todo o lastreio legislativo voltado ao direito à amamentação e os demais direitos da maternidade relativos às mulheres encarceradas, é importante dizer que na prática a realidade é dura e cruel. Essencialmente porque a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Execução e as Regras de Bangkok são regados de “boa intenção” ao estabelecer que as genitoras têm direitos durante o período lactante e que poderiam ficar com seus filhos até os sete anos de idade, devendo o estabelecimento prisional possuir alas de amamentação e creches para abrigá-los, conforme dispõe o art. 83 e 89 da LEP.

Contudo, o que se vê na realidade é que essas prerrogativas são totalmente banalizadas e as normas são inócuas, já que existe uma gama de julgados que obstam os direitos das presas de amamentar (além do período ordinário) e acompanhar o crescimento do menor nos exatos limites previstos na Lei de Execução Penal.

---

<sup>36</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Campanha: Semana Nacional da Amamentação. Informativo. 2022.

<sup>37</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 133.

Sem considerar que o ambiente prisional brasileiro é precário em todos os aspectos, não sendo capaz de proporcionar ao menor um crescimento saudável, pois a situação do cárcere fere o princípio do melhor interesse do menor, como o seguinte exemplo:

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO DA PENA. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR INDEFERIDO. PRESA DEFINITIVA RECOLHIDA, EM REGIME FECHADO, NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO PARANÁ NA COMPANHIA DE FILHO MENOR. EXISTÊNCIA DE LOCAL ADEQUADO PARA OS CUIDADOS COM A CRIANÇA. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O recolhimento à prisão domiciliar somente é outorgado, de forma excepcional, à condenada com filho menor quando a Penitenciária Feminina não dispuser dos meios necessários para acolher a criança e a mãe, o que não se verifica na espécie.

(TJPR - 3ª C.Criminal - RA - 1499659-5 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 19.05.2016)

É partir deste contexto de inadequação entre o plano da norma e o plano material, que faz com que fique cada vez mais evidente a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas suficientes para fazer valer o direito positivado, resguardando a dignidade da mulher em sua faceta mais íntima.

Haja vista que não dever ser aceita qualquer outra forma de violação à mulher, não basta que essa seja negligenciada no ambiente familiar e no trabalho, parece ser necessário que até o Estado se torne mais um violador dos direitos da mulher, para fechar o ciclo da sistemática de violência contra a mulher.

### **1.3.2. CENÁRIO PRISIONAL BRASILEIRO**

Seguindo em frente, de fato, a argumentação do Poder Judiciário, conforme julgados supramencionados, consubstanciado na ideia de mitigar o direito da presa lactante de manter o menor sob sua custódia nos ambientes prisionais possui lógica, tendo em vista que o cerne do indeferimento destes pleitos se resume a situação débil do sistema carcerário brasileiro, o qual é comprovado pelos Levantamentos de Informações Penitenciárias – INFOPEM Mulheres realizados pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

Segundo o levantamento realizado em 2018<sup>38</sup>, o INFOPEM ao investigar a situação da estrutura prisional atinente às mulheres, averiguou dentre os estabelecimentos ditos femininos e mistos que apenas 16% das unidades possuem celas ou dormitórios adequados para gestantes,

---

<sup>38</sup> DEPEN. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEM mulheres, 2018.

tal como espaço adequado para creches destinados aos menores, o que explica a preocupação dos magistrados para com os menores.

Adiante, no tocante à capacidade de oferecer espaço limpo e adequado para a mulher permanecer com o filho durante a amamentação, o levantamento do INFOPEM apontou que apenas 14% das unidades prisionais contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, os quais compreendem os espaços destinados a crianças de até 2 anos de idade.

Assim, considerando que o Brasil é o 4º (quarto) país com maior população carcerária feminina, ficando atrás dos Estados Unidos, China e Rússia, essa situação se torna cada vez mais drástica e compreensível quanto à postura dos julgadores, pois ao realizar um breve comparativo com os dados percentuais da situação deficitária atinentes aos direitos da maternidade nas unidades prisionais, inclusive quanto à amamentação, e o dado quantitativo do tamanho atual da população feminina carcerária, percebe-se o tamanho da problemática que deve ser enfrentada pelo Estado em termos de número.

No Brasil, só no Estado de São Paulo, que é o local onde se concentra a maior parte da população feminina encarcerada, tem-se uma porcentagem de 31,6% da população carcerária feminina do país, em seguida está o Estado de Minas Gerais com 10,6% e o Estado do Rio de Janeiro com 7,3% da população prisional feminina, constatação que demonstra como os grandes centros podem concentrar maior nível de desigualdade social.

Importante destacar, nessa toada, que inexistente qualquer perspectiva de melhora nesse cenário de encarceramento em massa da mulher, tendo em vista que esse registro realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN vem crescendo significativamente, sendo que somente no ínterim entre o ano de 2000 e o ano de 2016 o aumento de 656%.

Além disso, considerando essa porcentagem, separa-se um período denominado como *boom* no número de prisões de mulheres (2016), o qual atingiu a marca de 42 mil mulheres presas apenas naquele ano, tais dados são tão alarmantes que, à época, a população carcerária masculina, que é consideravelmente maior, apenas cresceu 293%, cerca de 363% de diferença.<sup>39</sup> Cenário que reforça a necessidade de adoção de políticas públicas direcionadas às mulheres acometidas pela pena privativa de liberdade.

---

<sup>39</sup> DEPEN. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEN mulheres, 2017.

Essa situação ainda piora, quando verificamos que o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEM, realizado em 2019, esses números aumentaram sobre o limite do alarmante e se tornaram irremediáveis, já que se constatou que 752.277 pessoas estão privadas de liberdade no Brasil.

Sendo que desse total 715.138 (95,06%) são homens e 37.139 (4,94%) são mulheres, e, as unidades prisionais cadastradas no INFOPEM, 83,62% são masculinas, 3,8% são femininas e outros 12,58% são destinadas a ambos os públicos, isto é, houve um aumento expressivo no número de mulheres encarceradas no Brasil, o que pode vir a repercutir no número de mulheres lactantes em situação de encarceramento.

Segundo o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para mapear as situações nos quais são acometidas as mulheres em período antes, durante e pós gravídico no cenário nacional, constatou-se que no ano de 2017<sup>40</sup> havia cerca de 622 mulheres presas que estavam grávidas ou em período de amamentação. A distribuição pelos estados da federação era o seguinte:



Já no ano de 2018<sup>41</sup>, em que ocorreu o último levantamento para o referido cadastro, só no lapso temporal entre janeiro e fevereiro, a equipe do CNJ coordenada pela Dra. Andremara Santos esteve em 24 estabelecimentos penais de 16 estados e do Distrito Federal. Sendo que foram visitados presídios femininos de Minas Gerais, Goiás, Rio Grande do Norte, Bahia, Alagoas, Maranhão, Ceará, Sergipe, Pará, Piauí, São Paulo, Espírito Santo, Santa Catarina,

<sup>40</sup> CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem 622 grávidas ou lactantes nos presídios. Levantamento Cadastro Nacional de Presas Lactantes. 2017.

<sup>41</sup> CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem mais de 500 grávidas ou lactantes nos presídios. Levantamento Cadastro Nacional de Presas Lactantes. 2018.

Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro e do Distrito Federal, os quais resultaram nos seguintes dados:



Vale destacar nesse sentido que o mapeamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça foi criado exatamente para zelar pela proteção do concepturo/menor, desviando a atenção da dignidade da mulher que também se coloca em jogo diante desse cenário. No dia do lançamento desta iniciativa a própria Presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), a Ministra Cármen Lúcia se pronunciou: "Não quero que nenhum brasileiro nasça dentro de uma penitenciária; isso não é condição precária, é de absoluta indignidade"<sup>42</sup>.

Em total contrariedade aos ditames legais, que preceituam a adequação do sistema penitenciário para atender o desenvolvimento do menor dentro dessa estrutura, de modo a conceder a figura materna a presença no crescimento da criança mesmo dentro dos presídios, arguição que parece ser um absurdo, mas que não é.

Essa afirmativa da Ministra implica em um problema estrutural de acesso à justiça por essas mulheres encarceradas, já o objeto da fala desta se situa na aferição de condições existenciais dos presídios para que as presas possam pleitear ao poder judiciário medidas alternativas, como a prisão domiciliar, para exercer os direitos da maternidade com dignidade, inclusive o direito à amamentação, o que na realidade não ocorre, igualmente, com todas as detentas.

<sup>42</sup> CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem 622 grávidas ou lactantes nos presídios. Levantamento Cadastro Nacional de Presas Lactantes. 2017.

## 2.1. SISTEMATIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL: UM HISTÓRICO DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS LIGADOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não porque o acesso à justiça é um problema geral, que abarca tanto homens quanto mulheres, mas sim porque refere-se à uma parcela já estigmatizada pela sociedade: as mulheres, quando se fala no direito à amamentação, é importante repisar que essa tutela também é de titularidade da mulher e não apenas do menor. Contudo, ao que parece, as autoridades simplificam a situação de violação aos direitos da maternidade estritamente à figura da criança, do respeito ao princípio do melhor interesse deste.

Essa visão centrada na figura da criança e de exclusão em relação à mãe, se liga à ideia anteriormente preconizada de reabilitação da mulher no sistema penal, que o Estado pune sem observar a realidade fática na qual aquela pessoa está submetida e isso se dá porque nunca se ligou para o sofrimento da mulher, esta é vítima de uma sistemática de violação desenfreada.

Isso porque, na vida as mulheres são consideradas seres subalternos, no trabalho são inferiores e incapazes, nas casas são discriminadas, nas gestações são consideradas seres dignos até que o concepturo se torne nascituro e na amamentação merecem respeito e tratamento adequado até que obste a necessidade de aleitamento do menor.

Outrossim, em breve levantamento das políticas de amamentação realizadas pelas instituições ligadas ao executivo federal, judiciário e à segurança pública (abaixo listadas), é fatídico verificar que nenhuma política pública voltada à mulher aprisionada em situação de gravidez ou lactante implica na proteção dúplici (do menor e da figura materna), tão somente na tutela do melhor interesse do menor, uma vez que se desconsidera todo e qualquer estado de saúde física e psíquica da mulher.

As bases para busca de políticas públicas foram: i) Portal do Ministério da Saúde; ii) Portal do Conselho Nacional de Justiça; iii) Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais; iv) Portal do Senado Federal; v) Portal da Câmara dos Deputados; e vi) o Departamento Penitenciário Nacional.

Restando nítido que esse histórico de violência sistematizada à mulher foi normalizado, já que, segundo pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ<sup>43</sup>, mais de 1/3

---

<sup>43</sup> SÁNCHEZ, Alexandra. Situação nos Presídios é devastadora. Pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 2020.



das mulheres presas grávidas, relataram o uso de algemas na internação para o parto e durante a amamentação, uma prática que é totalmente contrária a qualquer parâmetro de proporcionalidade.

Trata-se de verdadeiro exemplo de ofensa à dignidade humana da mulher e ao ditame preconizado pela Súmula nº 11 do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte redação:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Afinal, qual seria o justificado receio de fuga de uma mulher gestante/lactante, plausível e suficiente, que dê conta de fundamentar o tratamento ostensivo dado à mulher em situação pós-parto e de amamentação?

A única e sorrateira resposta é que existe um sistema de ofensa à dignidade humana da mulher, que a persegue seja qual for a seara, trabalhista a penal, existe uma forma de observar suas características e ignorá-las sutilmente, sem qualquer escusa, pois desrespeitar a figura feminina se tornou um padrão, que sequer é levado em consideração pelo legislador, pelo judiciário e tampouco pela sociedade<sup>44</sup>.

## **2.2. OS EFEITOS EXTRAPENAIIS: UMA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INTRANSCEDÊNCIA**

Como dito e repisado, a preocupação com a dignidade do menor é legítima, tendo em vista que o ordenamento jurídico tem o dever de protegê-la de todo e qualquer condição degradante, ocorre que essa tutela não pode ser interpretada como se a figura materna fosse a culpada sobre o fato dos ambientes prisionais não possuírem uma condição digna de habitação e tão pouco que o direito da mulher não deva ser levado a sério, como o da criança.

Separar o menor da mãe, seja durante seu aleitamento, seja no seu desenvolvimento funcional, por uma falha do estado em prover estabelecimentos prisionais em condições dignas

---

<sup>44</sup> MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 152.

para a alimentação e acolhimento dos infratores, não só pode como deve ser visto como uma violação ao princípio da individualização da pena<sup>45</sup>.

Isso porque, o menor ao ser separado prematuramente da figura materna, implica em enxergar além da dupla vitimização da mulher, um ataque dos efeitos extrapenais em um terceiro que acabou de vir ao mundo, o qual sequer possui consciência para responder por algo. Logo, muito embora a lógica da pena seja predominantemente centrada em seu caráter retributivo/repressivo em relação ao delinquente, isso não pode ultrapassar a seara da pessoa do condenado<sup>46</sup>.

É exatamente a partir dessa lógica, que se verifica o tamanho das repercussões que a violação ao direito à amamentação pode causar, uma vez que esta-se-á tratando de uma hipótese fática de violação ao princípio da intranscendência da pena, o qual preconiza que somente o condenado, e mais ninguém, poderá responder pelo fato praticado, pois a pena não pode passar da pessoa do condenado

Isto é, existe a impossibilidade de se propor ou se estenderem os efeitos da pena para terceiros que não tenham participado do crime, exceto, é claro, a hipótese de indenização pecuniária à título de reparação de dano, que poderá alcançar terceiros que sejam herdeiros do condenado, nos moldes do art. 5º, XLV, da Constituição Federal, o que obviamente não é o caso em epígrafe.

Nas palavras e ensinamentos de Zaffaroni tal princípio parte da seguinte concepção/releitura:

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou participe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete terceiros. Dito isso, infere-se que ideia por trás do princípio é um tanto quanto óbvia, porque é natural que a pessoa que cometeu o crime é quem deve ser punida pelo mesmo. No entanto, quando lançada no mar de leis infraconstituicionais, de diferentes áreas, que tem como escopo a defesa diferentes bens jurídicos, esse princípio pode vir a se perder e, no caso concreto, acabar sendo sequer aplicado.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Paula. Princípio da Intranscendência da Pena e a Relação das Detentas com os filhos no Sistema Prisional Brasileiro. Artigo Científico do Centro Universitário de Betim, 2020. P. 21.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 134.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p. 188.

Já no entendimento de Guilherme Nucci, a máxima da intranscendência da pena poderia ser entendida como uma garantia que:

Assegura que a ação penal não deve transcender da pessoa a quem foi imputada a conduta criminosa. É decorrência natural do princípio penal de que a responsabilidade é pessoal e individualizada, não podendo dar-se sem dolo e sem culpa (princípio penal da culpabilidade, ou seja, não pode haver crime sem dolo e sem culpa), motivo pelo qual a imputação da prática de um delito não pode ultrapassar a pessoa do agente, envolvendo terceiros, ainda que possam ser consideradas civilmente responsáveis pelo delincente.<sup>48</sup>

Deste modo, colocar os menores em um ambiente penitenciário insalubre e estressante nos primeiros anos de vida pode comprometer o seu desenvolvimento pelo resto da vida, tal como tirá-los antecipadamente do aleitamento de suas mães também podem causar malefícios biológicos e psíquicos irreversíveis, tendo em vista a importância desse primeiro contato para o crescimento saudável e normalizado da criança.

Ato seguinte, veja que em ambas as hipóteses não há outra saída, que não seja a violação contundente do direito do menor de ser amamentado como outra criança qualquer, exceto uma terceira via (o afastamento dos dois do ambiente prisional) que é difícil e uma opção totalmente fora da realidade da população feminina carcerária, que é majoritariamente preta, pobre e de baixa escolaridade<sup>49</sup>.

Ora, se a defesa de direitos básicos, como o tratamento humanizado, não é enfrentado por elas, por falta de conhecimento e capacidade econômico-financeira, pensar na defesa de progressão de regime ou na convalidação da execução em regime domiciliar significa escolher por esperar muito tempo de quem nada tem, de um grupo que sofre até para existir, em razão de uma cultura de estigmatização acentuada e nunca enfrentada radicalmente.

Sucessivamente, é de suma importância mencionar que esses efeitos negativos que recaem sobre o menor, em razão da situação da sua figura materna, não só agridem ao princípio da individualização da pena, que faz parte da lógica jurídico-penal, como também ofende aos preceitos paternalistas presentes na Constituição Federal de 1988, o quais têm as seguintes previsões:

Art. 227. 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

---

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 142.

<sup>49</sup> MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes*. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. P. 128.

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º Todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, bem como o desenvolvimento de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem é um dever do estado.

E ainda o regramento especial presente no Estatuto de Proteção da Criança e do Adolescente, o qual determina que a efetivação de direitos da criança é dever da família, da comunidade, do poder público e da sociedade em geral, especialmente no que é pertinente à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade, *in verbis*:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

### **3.1. O PODER JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA**

Isso posto, uma vez perpassados todas as problemáticas envolvidas com o direito à amamentação e à maternidade no sistema penitenciário brasileiro, que engloba tanto a dignidade humana da mulher quanto a proteção integral do menor, é imprescindível que se trate da função ímpar do Poder Judiciário em tentar remediar os efeitos violadores causados a essas duas figuras (mãe e filho).

Não é novidade que o Judiciário como um todo age em uma função contra majoritária<sup>50</sup>, atendendo aos interesses legítimos de maneira a promover as tutelas jurisdicionais em sua plenitude, mantendo o equilíbrio entre as forças da maioria e minoria, fazendo com que a vontade irrestrita e desproporcional de uma maioria não seja considerada como regramento ortodoxo aplicável de cima para baixo, sem qualquer limite.

O Poder Judiciário tem a função mais essencial dentre todos os poderes, pois tanto o Executivo quanto o Legislativo são diretamente ligados à vontade soberana da maioria, que de vez em sempre, defendem pautas discriminatórias e punitivistas. Assim, para entender a importância da estrutura judiciária no tratamento da mulher e do menor no sistema

---

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mítidiero. - 6. ed. - São Paulo :Saraiva, 2017. P. 189.

penitenciário, basta apenas imaginar que sem a atuação dessas instituições jurisdicionais, não haveria qualquer zelo quanto aos direitos humanos e à dignidade humana.

Sendo certo que tanto o Congresso Nacional como o atual e os anteriores Presidentes da República falharam em tratar o sistema penal de modo proporcional e justo, uma maioria que deveria ser ouvida é negligenciada, esses representantes acabam por atender as mesmas opiniões e pensamentos excludentes advindas de uma cultura patriarcal, essencialmente, quanto a função da pena privativa de liberdade como remédio para tudo.

É compreensível e reconhecidamente razoável afirmar que o Poder Judiciário, ainda que erre muito em diversas decisões por não ter uma visão sociológica a partir da consciência de classe, realiza em grande parte uma função contra majoritária à política punitivista, sequer respeita o direito à amamentação de uma criança recém-nascida, tampouco a dignidade de uma mãe que “paga” pelo que fez (ilícito) em dobro.

Inobstante, como já ressaltado, não se trata de enxergar o Poder Judiciário como herói, que compreende as necessidades do direito à amamentação no sistema penitenciário brasileiro, em todas as suas facetas, mas é evidentemente que essa função dentre as demais é a mais razoável em sua visão quanto à problemática enraizada.

Desta maneira, enquanto o Poder Legislativo e Executivo se perdem em um imbróglio para criar leis efetivas e implementar políticas públicas para obstar o duplo sofrimento da mulher e os efeitos extrapenais que recaí sobre o menor, o Poder Judiciário age com urgência e por conta própria concede determinados regimes de cumprimento de pena, os quais serão tratados adiante, para mitigar toda onda de violação no qual são cometidas as mulheres durante o período de aleitamento do menor.

Observa-se que não se trata apenas de negligência, envolve uma política de exclusão social e controle de copos através das normas penais, e, apesar da atuação do Judiciário ser um tanto elitista, isso quando atende as presidiárias que possuem acesso amplo justiça, ao menos um dos poderes da República federativa do Brasil está tentando mudar essa perspectiva.

O exemplo notório de que o Poder Judiciário é o único a se preocupar com a situação da mulher como indivíduo que detém dignidade, assim como a criança que nada tem culpa de ter nascido em uma situação problemático como esta, é que recentemente, ano de 2018, foi concedido o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP, o qual determinou a substituição da prisão cautelar pela domiciliar de todas as mulheres do sistema penitenciário nacional.

O HC foi impetrado pela Defensoria Pública da União perante o Supremo Tribunal Federal, em que na petição inicial os defensores públicos ressaltaram a situação dos estabelecimentos prisionais femininos no Brasil como insustentáveis:

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa. Asseveraram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

(STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2020, Data de Publicação: DJe-089 15/04/2020)

No mesmo sentido do presente trabalho, a DPU ainda se deteve a trazer em voga a inefetividade das políticas públicas voltadas a assegurar as disposições da Lei de Execução Penal, que prevê uma situação utópica dentro dos presídios femininos:

Arguiram que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas. Argumentaram que, embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos que estão sendo desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada para fazê-las valer. Nesses casos, disseram, é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado, como se decidiu quando a Suprema Corte declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele ao qual foram condenados, ou em contêineres, aduzindo que, em tais casos, a ordem de habeas corpus foi estendida aos presos na mesma situação.

(STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2020, Data de Publicação: DJe-089 15/04/2020)

Ao que tudo indica, esse remédio constitucional ganhou tanta força que as Defensorias Estaduais passaram a ingressar na ação, com o fundamento de *custos vulnerabilis* e que detinham de contribuições mais específicas sobre a situação dos cárceres em seus respectivos Estados.

Ao decidir, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski cita um julgado muito importante do Supremo Tribunal Federal, que enfrenta indubitavelmente as impugnações realizadas no sentido de que o judiciário ao intervir nessas situações de inefetividade, ou melhor, aderência social da legislação e das políticas públicas, estaria violando a separação dos poderes. Acertadamente o Relator preconiza:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a

perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo.

Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’. [...]

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado 8 Revisado HC 143641 / SP no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. **(grifo nosso)**

(STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2020, Data de Publicação: DJe-089 15/04/2020)

Afastando toda e qualquer arguição que ataque o Judiciário que está trabalhando, isto é, tutelar direitos alheios e garantir o respeito aos direitos fundamentais, inclusive a dignidade humana. Outrossim, ao longo de todo o seu voto, o Relator traz à tona todos os dados levantados pelo INFOPEM e o IPEA sobre a população carcerária feminina que está em situação de gravidez ou amamentação, evidenciando que existe uma sistematização de violação aos direitos das mulheres e justifica sua decisão dizendo:

Na verdade, nada mais estará fazendo do que dar concreção ao que a Constituição, em sua redação original, já determinava:

- i. “art. 5º, II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- ii. “art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- iii. “art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...); iv. “art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; v. “art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida

em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

vi. “art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Além disso, respeitará a Lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal, que prevê:

i. “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”

ii. “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.” e

iii. “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores 14 Revisado HC 143641 / SP de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”, inclusive à presa provisória (art. 42 da LEP). Não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN nas informações que constam do já referido INFOPEN Mulheres – 2014.

(STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2020, Data de Publicação: DJe-089 15/04/2020)

Por fim, foi prolatada sua decisão concedendo a ordem pleiteada pela Defensoria Pública da União, o que causou uma mudança geral na situação de encarceramento da mulher e o desrespeito aos direitos da maternidade, inclusive o direito à amamentação digna, veja:

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálissimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. **(grifado)**

(STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO 0004590-38.2017.1.00.0000, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 09/04/2020, Data de Publicação: DJe-089 15/04/2020)

### 3.2. TUTELAS JURISDICIONAIS MITIGADORAS

Desde então, essa atuação do Supremo Tribunal Federal significou um pontapé inicial na concessão de medidas judiciais mitigadoras dos efeitos violadores tanto da mulher quanto à criança, pois, pela primeira vez, uma instituição se preocupou não apenas com a saúde do menor, mas também com a própria cultura do encarceramento que apregoa a figura da mulher.



É somente com este marco que se passa a dar efetividade ao art. 318 do Código de Processo Penal, o qual, desde a edição Lei nº 13.257, de março de 2016, passou a permitir que a apenada gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos tenha direito a requerer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Isso porque até no mês de dezembro de 2017, mesmo com essa disposição em plena vigência, ainda havia 249 bebês ou crianças morando com suas mães nas penitenciárias de todo o País, tal como as mulheres encarceradas que necessitavam amamentar seus filhos, seguiam o disposto no art. 2º da Resolução nº 4 de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mesmo que não tenha instado o juiz sobre a convalidação em prisão domiciliar.

Não obstante, além da possibilidade de concessão de prisão domiciliar à mulher em período gestacional e de amamentação, existe outra medida mitigadora às lesões causadas a essa figura e ao menor, que é a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus nº 134.734/SP, no ano de 2017, o qual promoveu relevantes alterações:

EMENTA: PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA

Para as mães, a Lei de Execução Penal trouxe mais critérios, que devem ser atendidos cumulativamente: Art. 112: (...). §3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

(STF - HC: 134734 SP - SÃO PAULO 4001054-82.2016.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/04/2017, Data de Publicação: DJe-072 07/04/2017)

Assim, uma vez alcançados tais requisitos, a mulher poderá ter seu regime alterado para o semi-aberto ou, no melhor cenário, o regime aberto de cumprimento da pena privativa de liberdade.

### **3.3. FATORES SOCIAIS COMO EMPECILHOS PARA O ALCANCE DAS TUTELAS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE DE FORMA IGUALITÁRIA**

Ocorre que tanto a prisão domiciliar quanto a progressão do regime são medidas judiciais, mas que não são de amplo acesso a todas as detentas que estão na condição de

amamentação e de gestação. Isso se dá por diversos fatores sociais e econômicos que reverberam na utilização dessas medidas u não pelas presas.

Ao observar a composição da população carcerária brasileira, pode-se verificar que segundo o INFOPEM<sup>51</sup>, a faixa etária das mulheres presas, em sua maioria são jovens entre 18 a 29 anos, que possuem baixa escolaridade, sendo que 45% delas não completaram o ensino fundamental e não sabem muito bem escrever, conforme levantado pelo referido estudo.

Quanto à raça, cor e etnia, o estudo mostra que 62% são negras e no que tange à condição civil dessas mulheres demonstra-se que 62% são solteiras, 23% vivem em união estável e 09% são casadas. Sendo que a pesquisa demonstrara que 74% das mulheres encarceradas possuem filhos, chamando a atenção que a mesma pesquisa foi realizada com os homens que estão privados de liberdade, sendo que 53% deles declararam não ter filhos.

Ademais, tem-se que esse grupo de mulheres privadas de liberdade, em sua maioria, foram abandonadas por seus parceiros e são consideradas chefe de família. No tocante à nacionalidade, tem-se que 89% das unidades prisionais afirmam possuir estrangeiras em suas unidades, totalizando 529 cidadãs presas.

Sendo importante observar nessa toada que 61% dessas estrangeiras são do continente americano, e que em sua maioria encontram-se presas no Estado de São Paulo (63%), segundo o INFOPEM grande parte dessas mulheres estrangeiras são detidas pelo fato de serem “mulas” no transporte de drogas.

O que resulta na constatação de que a causa mais frequente de aprisionamento de mulheres está relacionada com o tráfico de drogas, que representa 62% das incidências penais cometidas por elas, em seguida está o crime de roubo simples, qualificado com 11%, o crime de furto simples com 8% e o crime de homicídio simples e qualificado com 6% das ocorrências, esses dados demonstram que a maior parte das mulheres que cometem crimes está relacionado com tráfico de drogas e os crimes patrimoniais, o que não justificam uma sanção penal tão desarrazoada como a aplicada às mulheres e a submissão da figura feminina a situações desumanas.

Desta feita, tendo em mente tais números, é possível aferir que o perfil socioeconômico da população carcerária feminina é em grande maioria chefes de família que possuem empregos

---

<sup>51</sup> DEPEN. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEM mulheres, 2018.

informais, e que devido às dificuldades financeiras enfrentadas e a falta de oportunidades, acabam se envolvendo com atividades ilícitas, que são vistas como única forma destas conseguirem uma renda familiar suficiente para sustentar sua família.

Ademais, observa-se ainda que esse perfil é composto por jovens de baixa escolaridade, nascidas em famílias pobres e de baixa renda, que nunca tiveram oportunidades em suas vidas, tanto é que, segundo o referido estudo, de cada 10 mulheres presas, 06 são primárias, isto é, não possuem antecedentes criminais, nunca haviam cometido crimes.

Esse perfil traçado comprova a tese defensiva de que apesar da atuação nobre do Poder Judiciário em sua função contra majoritária, as medidas mitigadoras não alcançam a maioria do contingente de presas no Brasil, pois a maioria não possui qualquer forma de utilizar-se desses mecanismos que não seja através de um profissional de direito.

Valendo dizer nesse sentido que como demonstrado, se essas mulheres foram presas porque não detinham de condição financeira para suportar a própria subsistência de sua família, como se espera que essa mesma pessoa tenha auxílio de um advogado?

O fato de a defensoria pública existir não quer dizer que esta vai atender a toda e qualquer requisição dos apenados, tão é verídica essa premissa que depois de décadas da criação da Defensoria Pública da União, pela primeira vez a instituição promoveu o habeas corpus coletivos acima mencionado para defender os interesses coletivos das encarceradas.

A cultura de exclusão de acesso amplo a essas medidas é tão escrachada que a ex-primeira-dama do Rio de Janeiro, Adriana Ancelmo, casada com o ex-governador Sérgio Cabral, conseguiu uma decisão favorável utilizando do disposto no art. 318 do CPP para conseguir acompanhar o desenvolvimento de seus dois filhos, de 11 e 15 anos, que estavam sem os cuidados do pai e da mãe (ambos presos e investigados pela Operação Lava Jato).

Decisão que lançou luz ao debate sobre a impunidade no Brasil e a também a posição excludente que as mulheres encarceradas que ainda estão em período gestacional e de amamentação vivem e não conseguem tal acesso – a maioria delas negra, pobre e sem acesso aos mesmos direitos que a ex-primeira-dama, um reflexo da realidade cruel no qual são inseridas as mulheres no sistema prisional brasileiro.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente trabalho que tinha como propósito demonstrar todo o histórico de estigmatização da mulher em sociedade, sendo este um ponto basilar da violação da figura feminina dentro dos presídios nacionais.

Já que a violência preconizada contra a mulher saiu da seara familiar e alcançou níveis institucionais irremediáveis, isto é, constatou-se que não basta que a mulher seja julgada e subjugada pela sociedade, é necessário que o Estado também o faça, o que promove o fenômeno de revitimização da mulher, tendo em vista que esta é vítima de um duplo sofrimento no tratamento realizado pelo sistema penal brasileiro e seus agentes estatais.

Seja na posição de vítima ou acusada, a mulher sequer é tratada como os demais presos ou vítimas, isso se dá por uma cultura patriarcal enraizada no qual o Estado brasileiro e a própria sociedade nasceram, por essa razão mostra que essa cultura conservadora muito influenciou a estruturação das normas penais, porque o Código Penal vigente adota preponderantemente como única saída para combater a condutora delitiva, a pena privativa de liberdade.

Não porque essa é a medida mais eficaz existente, mas sim porque é a que tem o efeito imediato mais condizente com a maioria seleta que ditas regras sociais espera, já que no Brasil o proibicionismo ou positivismo é majoritariamente defendido por aqueles que são vítimas do próprio sistema, a pena que deveria ser última *ratio* se mostrou como primeira e única opção, que faz com que toda e qualquer conduta desviante acabe no encarceramento do indivíduo.

Fato que causa um problema ainda maior do que propriamente o encarceramento do indivíduo, pois como visto ao longo do presente estudo existem sujeitos ligados à figura da condenada que sofrem os efeitos extrapenais dessas medidas aplicadas, uma vez que o legislador sequer se preocupou em antever situações fáticas nos quais poderiam ser acometidas aquelas pessoas que estão em situação de cárcere.

Não só quanto ao direito da mulher no período de maternidade e amamentação, mas todo e qualquer grupo que não tenha tanta atenção do legislador, como negros e pessoas de baixa renda, o que mostra que o Poder Legislativo ao editar as leis não se preocupa com o encarceramento em massa de mulheres, por vezes grávidas e lactantes, tampouco se preocupa com a condição digna o qual deve se tratar os apenados.

Apesar da pena privativa de liberdade não limitar apenas a restringir a liberdade individual, como lhe era basilar, o Poder Público não enxerga deste jeito a realidade, assim como a própria sociedade que pleiteia uma condição desumana aos presos, que segundo a corrente punitivista “merece” ter seus direitos fundamentais violados.

Não obstante, o presente ainda se deteve investigar como a legislação trata de direitos específicos inerentes ao sexo feminino, como a amamentação, o parto e o pré-natal, e, o que se viu são em nível nacional é uma legislação inócua e ineficiente do ponto de vista material, sendo que a único normativo que trata adequadamente da questão é um documento sem caráter vinculativo elaborado pelas Organização das Nações Unidas – ONU, as regras de Bangkok.

Outrossim, trouxe toda a cultura de sistematização da violência institucional o qual as mulheres são acometidas, o que implica na manutenção do padrão patriarcal que estimula o desrespeito e a discriminação da mulher, ainda que em período materno e de amamentação durante o encarceramento, o que, de certo, deveria causar uma certa comoção à coletividade, já que envolve um menor inocente, mas que como visto não causa absolutamente nada.

Ademais, adentrou-se em analisar dados sobre o encarceramento feminino brasileiro e relativos às ocorrências de violações diretas das presas durante o período de aleitamento e do próprio parto, que gerou um desenho do perfil das apenadas que são submetidas a situações de violação à sua dignidade, inclusive sobre sua condição quanto ao acesso ao Poder Judiciário, o qual é o único Poder da República que se propõe a mitigar as lesões realizadas.

Por fim, explicitou-se que apesar das boas intenções do Poder Judiciário em conceder medidas mitigadoras, a realidade das destinatárias dessas concessões é triste e cruel, pois além estarem sendo submetidas a situações indignas, estas não possuem acesso amplo as duas únicas formas de mitigar o sofrimento e a cruel no qual são submetidas no sistema carcerário brasileiro

## 5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (de)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

ANGOTTI, Bruna. Entre as leis da ciência do Estado e de Deus: O surgimento dos presídios femininos no Brasil. Editorial Humanitas. São Paulo: IBCCRIM, 2012. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/06/brunaangotti-entre-as-leis-da-cincia-do-estado-e-de-deus.pdf>. Acesso em 17.04.2020.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARCELLOS, Paula. Mãe é Mãe: mulheres encarceradas e direito à maternidade. Revista Humanista, 2018.

BATISTA, Jessica. a desconstrução do estereótipo feminino em “a guerra não tem rosto de mulher, de Svetlana Alexievich. Revista Caderno de Graduação, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo, volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte especial. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL, Agência Senado. Agora é Lei: gestante presa tem direito a tratamento humanitário durante e após o parto. 2022.

BRASIL, Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

BRASIL, Ministério da Saúde. Campanha: Semana Nacional da Amamentação. Informativo. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BURCKARDT, Rafaela. Encarceramento Feminino no Brasil: igualdade e diferença no âmbito do sistema prisional. VI Seminário de Direitos Humanos e Democracia, 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. – 7. ed., rev., atual. ampl. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Brasil tem 622 grávidas ou lactantes nos presídios. Levantamento Cadastro Nacional de Presas Lactantes.2017.

CNJ, 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 / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

COELHO, Leila. A História da Inserção Política da Mulher no Brasil: uma Trajetória do Espaço Privado ao Público. Revista Psicologia Política. 2009.

DAMMSKI, Luiz. O Aleitamento Materno no Cárcere à Luz do Estatuto Da Criança E Do Adolescente. Revista Dossiê Temático, 2020.

DEPEN. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEN mulheres, 2017.

DEPEN. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, INFOPEN mulheres, 2018.

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1o a 120 – v. 1 / André Estefam. – 11. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. (Coleção Direito Penal).

FARIAS, Marcilene. A história das mulheres e as representações do feminino na história. Revista Estudante Feminista da Universidade Federal de Grandes Dourados. 2009.

FOUCAULT, M. . Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HOBBS, T. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ITTT, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Relatório 'Mulheres em Prisão: enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal', 2019. Acesso em: <http://mulheresemprisao.org.br/quem/>

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

KALLAS, Matheus. A Falência Do Sistema Prisional Brasileiro: Um Olhar Sobre O Encarceramento Feminino. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 62-89, 1º sem. 2019.

LAROUZÉ, Bernard. A Jurisprudência Brasileira acerca da Maternidade na prisão. Revista Direito FGV, 2015.

LIMA, Vanessa. A importância do aleitamento materno: uma revisão de literatura. Monografia. Universidade Federal da Paraíba. 2017.

LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva. Educação, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista / Soraia da Rosa Mendes. - 1. ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

MENDOZA, Carmen. Diferenças intelectuais entre homens e mulheres: uma breve revisão da literatura. Psicólogo inFormação ano 4, nº 4, jan/dez. 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Paula. Princípio da Intranscendência da Pena e a Relação das Detentas com os filhos no Sistema Prisional Brasileiro. Artigo Científico do Centro Universitário de Betim, 2020.

OMMATI, José Emílio. A Função contra majoritária do Judiciário: Uma análise a partir da Teoria do Direito como Integridade. Revista de Direito e Desenvolvimento da UniCatólica. 2019.

RIBEIRO, Nathália. A finalidade da pena privativa de liberdade: ressocializar ou revidar? Artigo científico. Universidade de Marília – UNIMAR, 2020.

ROSA, Paula. A função Ressocializadora da Pena e o Poder Judiciário: Encarceramento em Massa e a Responsabilidade Estatal. Tese de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2017.

SÁNCHEZ, Alexandra. Situação nos Presídios é devastadora. Pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, 2020.

SANTOS, Ana Paula. Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. XII Seminário Internacional de Demandas e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. - 6. ed. - São Paulo :Saraiva, 2017.

SILVA, Sergio. Preconceito e Discriminação: as bases da violência contra a mulher.Revista Psicologia, Ciência e Profissão. 2011.

SOARES, Ana. O papel da mulher ao longo da história: influências no conceito de família bem como nas relações de parentesco. Monografia apresentada à Universidade Federal de Uberlândia, 2021.

STF - HC: 134734 SP - SÃO PAULO 4001054-82.2016.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/04/2017, Data de Publicação: DJe-072 07/04/2017.

STF - HC: 143641 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018.



TJ, Tribunal. Agravo, Nº 70073269060, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 10- 05-2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.