

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LISLIÊ CARVALHO ANTONINI

**CÁRCERE FEMININO, DIREITO À AMAMENTAÇÃO E A
LEI Nº. 11.942/2009 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
PESSOALIDADE DA PENA**

Porto Alegre

2015

LISLIÊ CARVALHO ANTONINI

**CÁRCERE FEMININO, DIREITO À AMAMENTAÇÃO E A
LEI Nº. 11.942/2009 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
PESSOALIDADE DA PENA**

Dissertação apresentada à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Porto Alegre

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A635c Antonini, Lisliê Carvalho

Cárcere feminino, direito à amamentação e a Lei nº 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena. / Lisliê Carvalho Antonini. – Porto Alegre, 2014.

139f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

1. Penitenciária Feminina. 2. Amamentação. 3. Princípio da Humanidade da Pena. 4. Princípio da Pessoalidade da Pena. 5. Lei Nº. 11.942/2009. I. Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. II. Título.

CDD 341.582

Bibliotecária Responsável: Elisete Sales de Souza - CRB 10/1441

LISLIÊ CARVALHO ANTONINI

**CÁRCERE FEMININO, DIREITO À AMAMENTAÇÃO E A
LEI Nº. 11.942/2009 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
PESSOALIDADE DA PENA**

Dissertação apresentada à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em: 15 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza - PURCS

Examinadora Prof. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Examinador Prof. Dr. Gabriel José Chittó Gauer

RESUMO

A discussão do presente estudo centra-se na Lei nº 11.942/2009 de 28 de maio de 2009, que deu nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal para assegurar no cárcere feminino condições mínimas de assistência às mães presas e aos recém-nascidos no período da amamentação e no estudo acerca dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena. A Lei nº. 11.942/2009 trouxe modificações importantes à Lei de Execução Penal, as quais menciona-se: (i) assegurou acompanhamento médico à mulher e ao recém-nascido; (ii) proporcionou estabelecimentos prisionais com espaços para berçários para abarcar os filhos das presidiárias no período da amamentação até os 06 (seis) meses de idade; (iii) assegurou a existência de seção para gestante e parturiente, bem como creches para crianças de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos para assistir a criança desamparada, cuja mãe estiver cumprindo pena privativa de liberdade e (iv) assegurou que a seção e a creche serão acompanhadas por pessoal qualificado, atendendo às normas educacionais. O presente estudo tem por objetivo verificar se os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena foram contemplados na Lei nº. 11.942/2009, considerando os avanços no que diz respeito à saúde da mãe presa e do seu filho, bem como a previsão de espaços de creche e berçário e, ainda, a possibilidade de extensão do tempo de permanência das crianças no cárcere até os 07 (sete) anos de idade incompletos. Nesse sentido, busca-se analisar o cárcere feminino, especialmente, no que se refere ao período de permanência das crianças nas unidades prisionais para o exercício do direito à amamentação, bem como aferir se os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena restaram observados na Lei nº. 11.942/2009.

Palavras-chave: Cárcere Feminino. Amamentação. Princípio da Humanidade da Pena. Princípio da Pessoalidade da Pena. Lei nº. 11.942/2009.

ABSTRACT

The discussion of this study focuses on Law No. 11,942/2009 of May 28th of 2009, which altered the texts of Articles 14, 83 and 89 of Law Number 7210 of July 11th of 1984 - Penal Execution Law to ensure the female prison minimum conditions of assistance to imprisoned mothers and their newborns during the period of breastfeeding and the study of the principles of humanity and personality of the punishment. The Law Number 11,942 / 2009 brought major changes to the Criminal Sentencing Act, which refers to: (i) assured medical care to women and newborns; (ii) provided spaces for prison nurseries cater for children of female prisoners during breastfeeding up to six (06) months of age; (iii) ensured the existence of section for pregnant and laboring women, as well as child care for children six (06) months and younger than 07 (seven) years of age to assist the helpless child, whose mother is serving a custodial sentence and (iv) ensured that the section and the nursery will be accompanied by qualified personnel, meeting the educational standards. This study aims to determine whether the principles of humanity and personality of the punishment were contemplated in the Law Number 11,942 / 2009, given the advances with respect to maternal and arrested his son, as well as the prediction of kindergarten and nursery areas, and also the possibility of extension of time children stay in prison until 07 (seven) incomplete years of age. Accordingly, we seek to analyze the female prison, especially with regard to the period of stay of children in prisons for exercising the right to breastfeeding, as well as assess whether the principles of humanity and personality of the punishment observed in the remaining Law Number 11,942/2009.

Keywords: Female Prison. Breastfeeding. Principle of Humanity the Punishment. Principle of Personality of the Punishment. Law No. 11.942/2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CÁRCERE FEMININO E MATERNIDADE	11
1.1 BREVES ASPECTOS DO GÊNERO FEMININO E DA MULHER CRIMINOSA ..	11
1.2 PERFIL DA MULHER ENCARCERADA E DO CÁRCERE FEMININO.....	17
1.3 ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA AMAMENTAÇÃO E DO ALEITAMENTO MATERNO	26
2 CONSAGRAÇÃO NORMATIVA DA AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE.....	31
2.1 DOCUMENTOS INTERNACIONAIS.....	31
2.1.1 Regras mínimas para o tratamento dos reclusos da Organização das Nações Unidas de 1955	31
2.1.2 Regras de Bangkok.....	33
2.1.3 Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.....	40
2.2 LEGISLAÇÃO NACIONAL ACERCA DO DIREITO DE AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE.....	41
2.2.1 Constituição Federal de 1988	41
2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente	42
2.2.3 Lei de Execução Penal nº. 7.210/1984 e a Lei nº. 11.942/2009	43
2.2.4 Resolução nº. 14 de 11 de novembro de 1994 do Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária	46
2.2.5 Resolução nº. 04 de 15 de Julho de 2009 do Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária	47
2.2.6 Portaria Interministerial nº. 1777, de 09 de setembro de 2003	50
2.2.7 Portaria Interministerial nº. 210, de 16 de janeiro de 2014.....	51
3 PRINCÍPIOS PENAIIS QUE ENVOLVEM O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE	56
3.1 CONCEITUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E SUAS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO ÀS REGRAS	58
3.2 DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA PESSOALIDADE DA PENA.....	61
3.2.1 Princípio da humanidade.....	61
3.2.2 Princípio da pessoalidade da pena	68
3.3 A LEI Nº. 11.942/2009 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA PESSOALIDADE DA PENA	72

4 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA VIABILIZAR O DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE.....	79
4.1 PRISÃO DOMICILIAR.....	79
4.2 EXEMPLOS DAS LEGISLAÇÕES PENITENCIÁRIAS DE PORTUGAL E ESPANHA.....	84
4.2.1 Legislação Penitenciária da Espanha	85
4.2.2 Legislação Penitenciária de Portugal.....	90
4.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	94
4.3.1 Princípio da Proporcionalidade e os Subprincípios: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito	94
4.3.2 Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.....	101
4.3.3 Princípio da Proporcionalidade: Proibição de Insuficiência.....	105
4.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIAS	118
ANEXO – Habeas Corpus nº. 115.941 do Superior Tribunal de Justiça	125

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado está inserida na Área de Concentração de Sistema Penal e Violência da Linha de Pesquisa de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos do Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

No presente estudo busca-se analisar o cárcere feminino, principalmente, no que diz respeito à inserção dos filhos e filhas das presidiárias nas instituições prisionais para o exercício do direito à amamentação conferido pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso L. Pretende-se, ainda, abordar os avanços trazidos pela Lei nº. 11.942/2009 que alterou os artigos 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, à luz dos princípios penais que envolvem a execução penal, especialmente, os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena. O objetivo central desse estudo é, portanto, analisar se a referida Lei nº. 11.942/2009 contemplou os princípios mencionados no que pertine a amamentação no cárcere feminino.

Para tanto, inicialmente, no primeiro capítulo discorreremos brevemente acerca do gênero feminino e a sua vinculação com a criminalidade, considerando o aumento no número de crimes praticados por mulheres nos últimos anos e, por consequência, o crescimento da população carcerária feminina.

Pretende-se, ainda, no mesmo capítulo, analisar alguns aspectos do cárcere feminino brasileiro, especificamente, os espaços para propiciar a amamentação nas unidades prisionais e o tempo de permanência dessas crianças nos presídios femininos. Na mesma oportunidade se mencionará brevemente a importância do aleitamento materno para saúde física e psíquica da criança.

No segundo capítulo, se abordará os documentos internacionais e a legislação nacional que tratam especialmente da amamentação no presídio, destacando-se, nesse momento, as Regras de Bangkok, a Constituição de Federal de 1988, a Lei de Execução Penal e as alterações promovidas pela Lei nº. 11.942/2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Resolução nº. 04 de 15 de Julho de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O terceiro capítulo discutirá o tema central da presente dissertação, a Lei nº. 11.942/2009 à luz dos princípios da humanidade e da pessoalidade da pena no que pertine a amamentação nas unidades prisionais femininas. Assim, antes de adentrarmos no tema proposto, estudaremos brevemente no que consistem os princípios e suas diferenças em

relação às regras. Oportunamente, analisaremos de forma detalhada os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena. Para finalizar o terceiro capítulo avaliaremos se efetivamente os mencionados princípios restaram contemplados pela Lei nº. 11.942/2009, considerando o avanço da referida lei em relação à saúde da presidiária gestante e do recém-nascido e a ampliação do tempo de permanência das crianças desamparadas.

Por fim, no quarto capítulo, serão abordadas possíveis alternativas para viabilizar a amamentação no cárcere, destacando-se a aplicação da prisão domiciliar como uma alternativa para concretizar o exercício do aleitamento materno, a fim de evitar a contaminação da pena imposto à mãe para a criança. Ademais, trazer à baila os exemplos da legislação penitenciária dos países de Portugal e Espanha que encontram-se mais avançadas em matéria de aleitamento materno nos estabelecimentos prisionais. E, finalmente, utilizar como recurso argumentativo a aplicação do princípio da proporcionalidade e do princípio do melhor interesse da criança, considerando a criança com um ser humano em desenvolvimento que necessita de um olhar prioritário em relação à mãe reclusa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, no primeiro capítulo da presente dissertação, buscou-se dar um panorama da figura da mulher criminosa e do cárcere feminino. No tocante à mulher, constatou-se, essencialmente, que a figura feminina sempre esteve atrelada às atividades do lar – aos espaços privados – a mulher somente era vista como genitora, mãe e criadora. Portanto, da mulher espera-se docilidade e passividade. Diante desse aspecto, não se atribuía a figura feminina o perfil criminoso, aliás, não se espera, ainda hoje, que a mulher cometa delitos.

Contudo, esse panorama vai se alterar com a inserção da mulher nos espaços públicos e com o aumento do número de mulheres que ingressaram no mercado de trabalho. Esses fatores serão determinantes para o aumento da criminalidade feminina e, por consequência, o inchaço da população carcerária proveniente do sexo feminino. Importante ressaltar a recente pesquisa realizada pelo Sistema Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, em dezembro de 2011, que apontou que a população carcerária feminina atingiu a marca de 34.058, que corresponde a 7% (sete por cento) do número de presos geral do Brasil³²⁰.

Além do aumento do número de mulheres que ingressaram no sistema prisional nos últimos anos, constatou-se que as prisões destinadas para as mulheres não abarcam as suas características e particularidades, muitas das prisões que hoje abrigam mulheres, originalmente, foram construídas para o ingresso de presos do sexo masculino, portanto, posteriormente, foram adequadas para receber presidiárias, entretanto, essas adequações não contemplaram as características do feminino.

A situação acima se agrava ainda mais, quando o assunto é a amamentação no cárcere. As pesquisas trazidas ao presente estudo demonstraram que as reclusas não tem acesso a acompanhamento médico necessário e fundamental a saúde da mãe e do nascituro, além da total ausência de acompanhamento pré-natal, e, em muitos casos a não realização de exames fundamentais à constatação de doenças graves e sexualmente transmissíveis. Em acréscimo as situações abordadas, destaca-se que a maioria dos espaços prisionais não possuem ambientes adequados para abrigar as apenadas e seus filhos menores, sendo na sua grande parte espaços improvisados que servem de berçário e creche para os filhos das presidiárias.

No último tópico do primeiro capítulo, tratou-se dos aspectos principais da

³²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Mulheres presas*. Dados Gerais – Infopen, 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=¶ms=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

importância da amamentação e os benefícios trazidos pela alimentação natural para as crianças e também para mãe. Salientando, inclusive, a orientação do Ministério da Saúde que recomenda o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de vida da criança, sem o oferecimento de água, chás ou qualquer outro alimento³²¹.

No segundo capítulo da presente dissertação, demonstrou-se a existência de variados documentos internacionais e legislações nacionais que versam especialmente sobre a amamentação nos presídios femininos. No que pertine aos documentos internacionais destaca-se, principalmente, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras também chamada de Regras de Bangkok que foram criadas pela Assembléia Geral da ONU e aprovadas em dezembro de 2010, especialmente, no artigo 49 que proíbe que as crianças sejam tratadas como presas quando acompanhadas das mães nos estabelecimentos prisionais, evidenciando o Princípio da Pessoaalidade da Pena, ou seja, a pena unicamente imposta à mãe/presa não pode ser transferida à criança, que jamais poderá ser tratada como se presa estivesse.

Quanto à legislação brasileira, menciona-se às alterações na lei de execução penal promovidas pela Lei nº. 11.942/2009 que deu nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, que trouxe as seguintes modificações (i) assegurar acompanhamento médico à mulher e ao recém-nascido; (ii) estabelecimentos prisionais com espaços para berçários para abarcar os filhos das presidiárias no período da amamentação até os 06 (seis) meses de idade; (iii) seção para gestante e parturiente, bem como creches para crianças de 06 (seis) meses e menores de 07 (sete) anos para assistir a criança desamparada, cuja mãe estiver cumprindo pena privativa de liberdade e (iv) a seção e a creche serão acompanhadas por pessoal qualificado, atendendo às normas educacionais.

No terceiro capítulo abordou-se, inicialmente, sobre o conceito de princípios e suas diferenças em relação às regras. Segundo Dworkin, as regras são aplicadas na forma tudo-ou-nada, ao passo que, os princípios são distintos das regras, pois possuem uma dimensão de peso que as regras não possuem.³²² Para Alexy, os princípios são “comandos de otimização”, porém, no que se referem às regras, estas só podem ser cumpridas ou descumpridas. Segundo esse autor, as regras são “comandos definitivos”. De acordo com Alexy, a colisão entre princípios é solucionada através de uma ponderação, porém, no que toca ao conflito entre regras, a resolução se dá a partir da exclusão de uma das regras em conflito, ou através da

³²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Dez passos para uma alimentação saudável: guia alimentar para crianças menores de 2 anos: álbum seriado*. Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10_passos.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.

³²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-42.

inclusão de uma cláusula de exceção³²³. Posteriormente, foi feita a exposição e análises das críticas realizadas por Humberto Ávila no que pertine as conceituações de Dworkin e Alexy.

Na segunda parte do terceiro capítulo, buscou-se conceituar e tratar de forma específica os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena. No que se refere ao princípio da humanidade, cumpre referir que esse princípio proíbe as sanções que lesem a constituição física, psíquica e a dignidade da pessoa humana do apenado³²⁴. A finalidade do princípio da pessoalidade da pena é no sentido de que a pena não pode ser transferida a terceiros. De acordo com Zaffaroni, a pena é uma medida de caráter pessoal³²⁵, logo a vedação de delegá-la a parentes, familiares entre outros.

Portanto, nesse capítulo concluiu-se que a Lei nº. 11.942/2009 avançou e contemplou o princípio da humanidade da pena quando assegurou acompanhamento médico à mulher e ao recém-nascido; previu estabelecimentos prisionais com espaços para berçários para abarcar os filhos das presidiárias no período da amamentação, bem como a existência de creches e seção para gestantes e parturientes. Contudo, violou sensivelmente o princípio da pessoalidade da pena quando oportunizou a permanência dos filhos na creche da instituição prisional até os 07 (sete) anos de idade. Percebe-se, assim, que é fundamental a permanência da criança com a mãe nos primeiros anos de vida, não apenas para receber o leite materno, mas também para formar e fortalecer o vínculo afetivo entre mãe e filho. Todavia, esse período de permanência no cárcere dever ser limitado, sob pena de colocar em risco o desenvolvimento físico e psicológico da criança. Não é demais destacar a Resolução nº. 04, de 15 de julho de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP que recomenda que a partir de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de vida da criança, haverá uma ruptura gradual da mãe-presidiária e seu filho com a inserção deste em ambiente familiar fora da prisão.

No quarto e último capítulo, buscou-se trazer possíveis alternativas para viabilizar o direito à amamentação dos filhos e filhas das reclusas que cumprem pena privativa de liberdade. A primeira alternativa abordada foi à prisão domiciliar, trazendo, especialmente, a decisão do *Habeas Corpus* nº. 115.941 do Superior Tribunal de Justiça que possibilitou a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar a fim de viabilizar o direito à amamentação ao filho de mulher reclusa em penitenciária, preservando o melhor interesse da criança. Todavia, concluiu-se que solução atribuída pela jurisprudência na situação

³²³ ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 156-158, jan./jun. 2005.

³²⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 89, n. 779, p. 448, set. 2000.

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 154.

supramencionada mostrou-se correta e razoável para aquele caso em específico, no entanto, a prisão domiciliar não pode ser vista como uma “tábua de salvação” para todas as situações de dificuldade e precariedade do sistema prisional para proporcionar a convivência de mãe e filho dentro do cárcere.

Tratou-se, ainda, da legislação penitenciária de Portugal e Espanha que nos possibilitou perceber que é necessário que a nossa legislação estabeleça um limite máximo para a permanência da criança no cárcere, tempo este que poderia ser fixado até os 03 (três) anos de idade da criança, conforme prevê as legislações estrangeiras. Ademais, é necessária a observância do princípio do melhor interesse da criança a fim de propiciar um desenvolvimento adequado e sadio para o menor e prevenir a violação a princípios penais no curso da execução penal, principalmente, os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena.

Por fim, analisou-se o princípio da proporcionalidade e sua aplicação no direito penal como forma de viabilizar o direito à amamentação no cárcere considerando, portanto, de um lado a proteção dos princípios penais da humanidade e pessoalidade da pena e de outro o *jus puniendi* estatal. No que pertine ao princípio da proporcionalidade, cumpre referir que este preconiza a proibição de excesso e impede as arbitrariedades do Estado³²⁶.

O princípio da proporcionalidade é subdividido em três outros princípios que foram definidos no presente estudo: o subprincípio da adequação, subprincípio da necessidade ou exigibilidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, assim, no caso em comento concluiu -se que:

No que pertine a adequação, necessário se perguntar se o meio promove o fim almejado. No caso em discussão, verifica-se que é imprescindível a permanência dessas crianças no cárcere, por determinado período de tempo, para o gozo do aleitamento materno, bem como para constituir e fortalecer o vínculo afetivo com a mãe. No que diz respeito ao subprincípio da necessidade que determina que dentre os meios existentes á que se escolher aquele que menos viole os direitos fundamentais. Portanto, é recomendável que se fixe um tempo máximo de permanência da criança no cárcere para receber o leite materno sem, no entanto, sofrer prejuízos no seu desenvolvimento pessoal, social e psicológico em razão da inserção no espaço prisional. Finalmente, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, esta estabelece uma comparação entre a importância da realização do fim e as desvantagens dos meios existentes quanto à intensidade da restrição de direitos fundamentais. Nesse

³²⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 77.

sentido, percebe-se que a permanência na criança no cárcere, por si só, já é uma violação ao princípio da pessoalidade da pena, todavia, os benefícios da alimentação natural e do estabelecimento de vínculo materno com a mãe são fundamentais e superiores nos primeiros anos de vida da criança.

Portanto, conclui-se do presente estudo que:

- (i) O princípio da humanidade da pena restou contemplado na Lei nº. 11.942/2009, pois atribuiu melhores condições de saúde para a reclusa e para o filho recém-nascido, bem como espaços adequados para a permanência das crianças no período da amamentação, tais como, berçários, seção de gestante e parturiente e creche;
- (ii) Entretanto, a Lei nº. 11.942/2009 não contemplou de forma satisfatória o princípio da pessoalidade da pena quando possibilitou a permanência das crianças desamparadas na creche da unidade prisional até os 07 (sete) anos incompletos, pois submeteu a criança por tempo demasiado às mazelas do cárcere – transferência da pena – dificultando as condições de convívio familiar e social extramuros;
- (iii) A benesse da prisão domiciliar às mulheres gestantes e lactantes verificou-se uma solução viável a fim de garantir o direito à amamentação dos filhos e filhas das mulheres reclusas. Contudo, a concessão da prisão domiciliar deve ser analisada caso a caso, sob pena de ocasionar uma desigualdade acentuada entre as mulheres gestantes e lactantes em relação às demais reclusas que não se encontram nessas situações;
- (iv) A aplicação do princípio da proporcionalidade como fonte argumentativa possibilitou observar a necessidade de se considerar, de um lado, os princípios penais, em especial, os princípios da humanidade e da pessoalidade da pena e, de outro, a dever do Poder Público de punir a mãe-reclusa. Nesse sentido, deve-se oportunizar a permanência da criança no cárcere para o exercício do direito à amamentação, por determinado período de tempo (recomendável até os três anos de idade da criança, conforme legislação estrangeira abordada), sem, contudo, por em risco o seu desenvolvimento pessoal e social, em observância ao melhor interesse da criança.

Assim, verificou-se através da presente dissertação, que o princípio da humanidade da pena foi observado na Lei nº. 11.942/2009, pois assegurou melhores condições de saúde e espaços adequados para a permanência das crianças no cárcere juntamente com a mãe durante

o período da amamentação. Todavia, a mencionada lei não contemplou o princípio da pessoalidade da pena quando possibilitou a permanência dos filhos e filhas das presidiárias até os 07 (sete) anos de idade nas unidades prisionais, o que, sem dúvida, acarreta uma contaminação da pena para criança prejudicando o seu desenvolvimento pessoal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 899, p. 341-454, set. 2010.

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 9, p. 11-26, jan./mar. 2002.

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 17-33, jan./jun. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BAUMER, Franklin Le Van. *O pensamento europeu moderno*. Tradução de Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. v. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

_____. *Código Criminal do Império do Brasil editado em 16 de dezembro de 1830*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

_____. Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária. *Resolução nº. 14 de 11 de novembro de 1994*. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7BEFEBB383-1ED2-4D19-BC77-677B6C934206%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. *Decreto nº. 592 de 06 de julho de 1966*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. *Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. *Decreto-Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. *Lei de Execução Penal nº. 7.210*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 06 jul. 2013.

_____. *Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009*. Altera a lei de Execução Penal. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em: 05 abr. 2013.

_____. *Lei nº. 9.046 de 1995*. Altera o artigo 83 da Lei de Execução Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9046.htm>. Acesso em: 06 jul. 2013.

_____. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional. *Mulheres*

encarceradas – diagnóstico nacional. Consolidação dos dados fornecidos pelas unidades da federação. Brasília, 2008. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em: 26 mar. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Mulheres presas*. Dados Gerais. Infopen, 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D&Team=¶ms=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n.º 210, de 16 de janeiro de 2014*. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7BEFEBB383-1ED2-4D19-BC77-677B6C934206%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

_____. Ministério da Saúde. *Dez passos para uma alimentação saudável: guia alimentar para crianças menores de 2 anos: álbum seriado*. Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/10_passos.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.

_____. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. *Portaria Interministerial n.º 1777, de 09 de setembro de 2003*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. *Reorganização e reformulação do sistema prisional feminino*. Brasília, 2008. p. 86. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça Sexta Turma. *HC n.º 115.941/PE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 02 de abril de 2009. Publicado em: 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=115941&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 out. 2014.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos Seditiosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9-10, p. 202-220, 2000.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. *História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais*. Tradução de Donaldson M. Garshagen. São Paulo: Globo, 1997.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 7.º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carmen Hein. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL (CEJIL). *Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil*. Fevereiro, 2007. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relatorio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-007.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok - Está na hora de fazê-las valer! *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 232, p. 18-19, mar. 2012.

CIAMPO, Luiz Antonio Del. RICCO, Rubens Garcia. ALMEIDA, Carlos Alberto Nogueira de. *Aleitamento Materno: passagens e transferências mãe-filho*. São Paulo: Atheneu, 2004.

COSTA, Oscar Tiradentes. *Fatores determinantes da delinquência feminina*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENSTEIN, Evelyn. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ESPAÑA. *Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de setembro de 1979*. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. *Real Decreto nº. 190 de 09 de setembro de 1996*. Disponível em: <<http://www.boe.es/legislacion/codigos/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

EUCLYDES, Marilene Pinheiro. *Nutrição do lactente: base científica para uma alimentação adequada*. 2. ed. rev. atual. Minas Gerais: Editora Viçosa, 2000.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FREUD, Sigmund. *Algunas consecuencias psicicas de la diferencia sexual anatomica. Obras Completas*. Tradução de Luis Lopes-Ballesteros Torres. Tomo VIII. Madri: Editora Madri Nueva, 1972. p. 2896-2903.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERRLEIN, Carla Maria Petersen. Crime praticado pela mulher: o feminino, a igualdade e a violência - alguns apontamentos. In: OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de (Org.). *Leituras do direito constitucional*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 107-137.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa-Portugal: Editora 70, 2007.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, G. *La femme criminelle e la prostituée*. Paris: Félix Alcan, 1896.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOTUFO, Renata Andrade. Direitos fundamentais das mulheres encarceradas. *Revista do Tribunal Regional da Terceira Região*, n. 116, p. 09-31, 2013.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale: le norme penale: fonti e limitidi applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*. 3. ed. Milano: Guiffrè, 2000.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459-493.

MELLO, Daniela Canazaro de. *Quem são as mulheres encarceradas?* Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 out. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Adeildo. *Da execução penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <www.dudh.org.br/declaracao>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7BEFEBB383-1ED2-4D19-BC77-677B6C934206%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. *Regras mínimas para o tratamento dos reclusos da Organização das Nações Unidas de 1955*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Menor. o princípio do melhor interesse da criança: da teoria a prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, p. 31-49, jul./ago./set. 2000.

PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. Carcel y madres encarceladas: una visión de los pactos internacionales de los derechos humanos. *Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, Belém: ESM-PA, v. 1, n. 1, p. 84-92, 2008.

PITHAN, Livia Haygert. A justiça penal e as mulheres: análise comparativa de um crime cometido em co-autoria entre homem e mulher. *Direito e Justiça*, 2000, v. 21, p. 209-220.

PORTUGAL. Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Lei nº. 115/2009 de 12 de outubro. *Diário da República*, 1ª série, n. 197, 12 out. 2009. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Decreto-Lei no. 51/2011, de 11 de abril. Dispõe sobre o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais. *Diário da República*. I Serie, n.71, 11 abr. 2011. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2011/04/07100/0218002225.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização; jurisdicionalização; consensualismo e prisão; projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SANTOS, Jose Heitor dos. Aleitamento materno nos presídios femininos. *Revista da Ajuris, Porto Alegre*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 88, t. 1, p. 253-255, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 86-120, out. 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Carlos Sousa. Garantias criminais repressivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 311-315, 1993.

VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. *Criminalidade & violência no mundo feminino*. Curitiba: Juruá, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WINNICOTT, Donald Woods. *A criança e o seu mundo*. Tradução de Álvaro Cabral. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

WOLFF, Maria Palma. *Mulheres e Prisão: a experiência do Observatório de Direitos Humanos da Penitenciária Feminina Madre Pelletier*. Porto Alegre: Dom Quixote. 2007.