

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

Éricka Aguirre de Melo

**A PRISÃO DOMICILIAR SOB O VIÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR: UMA
RELEITURA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA**

Santa Maria, RS
2016

Éricka Aguirre de Melo

**A PRISÃO DOMICILIAR SOB O VIÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR: UMA RELEITURA A
PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof.^a Ma. Luiza Rosso Mota

Santa Maria, RS
2016

Éricka Aguirre de Melo

**A PRISÃO DOMICILIAR SOB O VIÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR: UMA RELEITURA A
PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA**

Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM-RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Aprovado em 14 de dezembro de 2016:

Luiza Rosso Mota, Ma. (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Gabriel Marcelo Moresco, Pós Graduação Lato Sensu (ULBRA)

Simone Machado de Azevedo e Souza, Pós Graduação Lato Sensu (FURG)

Santa Maria, RS
2016

AULA DE VOO

*O conhecimento
caminha lento feito lagarta.
Primeiro não sabe que sabe
e voraz contenta-se com cotidiano orvalho
deixado nas folhas vividas das manhãs.*

*Depois pensa que sabe
e se fecha em si mesmo:
faz muralhas,
cava trincheiras,
ergue barricadas.*

*Defendendo o que pensa saber
levanta certeza na forma de muro,
orgulha-se de seu casulo.*

*Até que maduro
explode em voos
rindo do tempo que imaginava saber
ou guardava preso o que sabia.*

*Voa alto sua ousadia
reconhecendo o suor dos séculos
no orvalho de cada dia.*

*Mas o voo mais belo
descobre um dia não ser eterno.
É tempo de acasalar:
voltar à terra com seus ovos
à espera de novas e prosaicas lagartas.*

*O conhecimento é assim:
ri de si mesmo
E de suas certezas.
É meta de forma
metamorfose
movimento
fluir do tempo
que tanto cria como arrasa*

*a nos mostrar que para o voo
é preciso tanto o casulo
como a asa.*

(Mauro Iasi)

RESUMO

A PRISÃO DOMICILIAR SOB O VIÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR: UMA RELEITURA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA

AUTORA: Éricka Aguirre de Melo
ORIENTADORA: Luiza Rosso Mota

A convivência familiar produz efeitos positivos ao pleno desenvolvimento da criança, em especial nos seus seis primeiros anos de vida, sendo direito fundamental da classe infanto-juvenil. No Brasil, predomina a Doutrina de Proteção Integral e Absoluta aos pequenos, colocando-os em caráter prioritário no que tange à formulação de políticas públicas. Nesse prisma, entrou em vigência no país o Estatuto da Primeira Infância, dispondo de diretrizes à concretização de direitos das crianças e dos adolescentes. Entre as novidades trazidas pelo aludido estatuto, tem-se a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à presa preventiva, que está grávida, não importando o mês de gestação, ou que é mãe de criança com até doze anos de idade. Priorizam-se, assim, a presunção de inocência e o fortalecimento dos vínculos familiares. Ocorre, entretanto, que a permissão legal à conversão de medida constritiva de liberdade à prisão domiciliar, por si só, não configura direito subjetivo da mãe acusada, devendo, no caso concreto, serem analisados todos os fatos e circunstâncias legais. Diante dessa faculdade jurisdicional, tem-se como prioridade o estudo do ato decisório do Poder Judiciário, o qual deve ser pautado pela completude do ordenamento jurídico. Assim, o juiz necessita se desvincular de seus pré-conceitos e convicções, para que prevaleça a autonomia do direito e da democracia. Por isso, a imprescindibilidade do presente estudo no sentido de estabelecer uma visão geral do panorama jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quanto à concessão de prisão domiciliar à mãe presidiária, sob o viés do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Nesse contexto, tem-se como problema da presente pesquisa: em que medida a concessão da prisão domiciliar tem cumprido os requisitos previstos na legislação e, conseqüentemente, contribuído com o princípio da convivência familiar e comunitária do menor. Utiliza-se o método indutivo de abordagem e os métodos de procedimento monográfico ou estudo de caso e, para melhor elucidação do tema, divide-se o trabalho em três partes: a primeira permite uma abordagem geral da prisão domiciliar. Na sequência, analisa-se o direito à convivência familiar, sendo que, por último, estudam-se as decisões judiciais do Tribunal de Justiça gaúcho relacionadas à maternidade no cárcere. Os resultados obtidos apontaram que a concessão da prisão domiciliar, perpassa pela análise de critérios objetivos e subjetivos, sendo o deferimento do pedido sujeito às particularidades de cada caso. Outrossim, o Tribunal gaúcho contribui parcialmente à efetivação do direito à convivência familiar.

Palavras-chave: Convivência familiar e comunitária. Criança. Decisão judicial. Estabelecimentos prisionais femininos. Estatuto da Primeira Infância. Mãe presidiária. Maternidade. Prisão domiciliar.

ABSTRACT

THE HOUSE ARREST UNDER THE BIAS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY AND COMMUNITY LIFE OF THE MINOR: A REINTERPRETATION FROM THE STATE'S LAW

AUTHOR: Éricka Aguirre de Melo
ADVISOR: Luiza Rosso Mota

Family life has positive effects on the full development of the child, especially in the first six years of life, being a fundamental right of the child and the young class. In Brazil, the Doctrine of Integral and Absolute Protection predominates for children, placing them as a priority in the formulation of public policies. In this sense, the Early Childhood Statute was implemented in the country, with guidelines for the realization of the rights of children and adolescents. Among the novelties brought by this statute is the possibility of granting house arrest to the arrested, who is pregnant regardless of the month of gestation, or who is the mother of a child up to twelve years of age. In this sense, the Early Childhood Statute was implemented in the country, with guidelines for the realization of the rights of children and adolescents. Among the novelties brought by the above mentioned law is the possibility of granting house arrest to the prey, pregnant, regardless of the gestation month or mother of a child up to the age of twelve. Presumption of innocence and strengthening of family ties are prioritized. However, it is true that legal permission to convert a constrictive measure of freedom from home detention is not a direct subjective of the accused mother and in this case all legal facts and circumstances must be analyzed. Before this judicial power, priority is given to the study of the decision-making power of the Judiciary, which must be guided by the integrality of the legal system. Thus, the judge must dissociate himself from his prejudices and convictions, so that the autonomy of law and democracy prevails. Therefore, the essentiality of the present study, in order to establish an overview of the jurisprudential panorama of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, regarding the granting of house arrest to the mother-private, Family coexistence and at community level. In this context, one has as a problem of the present research: to what extent the granting of house arrest has fulfilled the requirements established in the legislation and, consequently, contributed to the principle of family and community coexistence of the minor. The inductive method of approach and the methods of monographic procedure or case study are used and, to better elucidate the theme, the work is divided into three parts: the first allows a general approach to house arrest. In the sequence, the right to family life is analyzed, and finally, the judicial decisions of the Gaucho Court of Justice related to maternity in the prison are studied. The results obtained indicated that the granting of house arrest, through the analysis of objective and subjective criteria, is the granting of the request subject to the particularities of each case. In addition, the Gaucho Tribunal contributes partially to the realization of the right to family life.

Keywords: Family and community life. Child. Judicial decision. Women's prisons. Early Childhood Statute. Arrested mother. Maternity. Home prison.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 PRISÃO DOMICILIAR	10
1.1 HISTORICIDADE E NORMATIVIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL.....	10
1.2 ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E A PRISÃO ESPECIAL ÀS MÃES PRESIDÁRIAS	16
1.3 RESSOCIALIZAÇÃO ÀS AVESSAS: O CAOS DA PENA DE PRISÃO E A IMPORTÂNCIA DA PRISÃO DOMICILIAR	19
2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DA CRIANÇA: REFLEXOS E DIRETRIZES NO CONTEXTO DE MÃES PRESIDÁRIAS.....	25
2.1 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL ..	25
2.1.1 ASPECTOS NORMATIVOS E PRINCÍPIOLÓGICOS DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA	28
2.2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS.....	33
3 PRISÃO DOMICILIAR: A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR NO PANAROMA JURISPRUDENCIAL	40
3.1 DECISÃO JUDICIAL: RACIOCÍNIO POR MEIO DE CONSCIÊNCIA PARTICULAR OU DE COMPLETUDE E INTEGRIDADE DO DIREITO?	40
3.2 PRISÃO DOMICILIAR E MATERNIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	43
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso almeja verificar como é exercida a convivência familiar e comunitária em sede de execução penal ou em prisão preventiva, levando em consideração a imprescindibilidade da relação materna em dois aspectos: primeiramente em relação ao desenvolvimento e à formação da criança e, posteriormente, como forma de reintegrar e amparar a mãe presidiária durante o cumprimento da pena.

Nesse sentido, está previsto na Lei de Execução Penal que os estabelecimentos prisionais femininos terão espaços destinados à assistência da criança em vulnerabilidade social. Porém, são poucos os que possuem essa estrutura adequada, equiparados com, por exemplo, creches e berçários.

Ocorre, entretanto, que os problemas da maternidade no cárcere vão além das precárias estruturas dos estabelecimentos prisionais. Entre eles, destaca-se o deferimento arbitrário do Poder Judiciário à concessão da prisão domiciliar às mães presidiárias, pois, muitas vezes, elas preenchem os requisitos ao benefício e, ainda assim, têm seu pedido negado ou limitado a uma pequena duração.

Diante disso, muitas crianças não têm oportunidade de conviver com seus familiares e, em especial, junto à sua genitora, apesar da importância da relação materna ao menor e à mãe aprisionada (como uma possível forma de ressocialização, de amparo e de reintegração na sociedade). Trata-se de dupla punição velada e arraigada na velha concepção punitivista de tolerância zero, a qual não olha os efeitos e as causas da criminalidade.

A concessão da prisão domiciliar perpassa não somente pela análise dos requisitos formais previstos na legislação brasileira, mas aos critérios de ordem subjetiva, como a garantia da segurança pública e da instrução criminal. Assim, em que medida a concessão da prisão domiciliar, na realidade concreta, tem cumprido os requisitos previstos no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal e, conseqüentemente, contribuído com o direito à convivência familiar e comunitária do menor?

A presente pesquisa se utiliza do método de abordagem indutivo, porque foram analisados os casos de concessão de prisão domiciliar às presidiárias gestantes e mães com filhos pequenos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul, antes e após a edição do Estatuto da Primeira Infância, o que permitiu inferir se houve ou não uma maior efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor. De acordo com Marconi e Lakatos, o objetivo do método indutivo, proposto aqui, ampliou as premissas nas quais se fundamentou esse trabalho¹.

Com relação ao método de procedimento, utilizou-se o monográfico ou estudo de caso, pois, pretende-se analisar e averiguar em quais hipóteses ocorrem a concessão de prisão domiciliar às mães presidiárias pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, visto que se almejou uma visão mais ampla acerca do exercício do direito à convivência familiar nessa situação jurídica. Nas palavras de Gil, os estudos de casos podem ser “[...] úteis para proporcionar uma visão mais clara acerca de fenômenos pouco conhecidos [...]. Contribuem para a descrição de grupos, organizações e comunidades”².

Também cabe mencionar que foram diferenciados dois tipos de prisão durante o levantamento da pesquisa de caso: a prisão domiciliar substitutiva da preventiva e a prisão domiciliar executória, ambas relacionadas ao tema da mãe presidiária. A busca acerca da primeira forma prisional, realizada até o dia 11 de novembro de 2016, resultou em 13 acórdãos, e a segunda busca, realizada até o dia 17 de novembro, não encontrou nenhum acórdão relacionado ao tema.

Para a execução do estudo, foram utilizados os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica realizou-se com a seleção e a leitura de artigos, teses, dissertações e, principalmente, livros (doutrinários), relacionados ao tema proposto, especialmente no que diz respeito ao princípio da convivência familiar e comunitária do menor e ao instituto da prisão domiciliar no Brasil. Quanto à técnica utilizada como instrumento à coleta de dados, foi a pesquisa documental, restrita às jurisprudências do Tribunal de Justiça gaúcho e aos anos de 2013 a 2016. Elegeu-se o referido período pela necessidade de uma busca atualizada e por entender que três anos são suficientes para a pesquisa. O Tribunal Gaúcho foi eleito pelo fato da pesquisa, como um todo, ser desenvolvida neste Estado e, também, a fim verificar uma realidade mais próxima.

Percebe-se, portanto, a relevância e a originalidade da presente pesquisa, que pretende verificar, a partir da jurisprudência gaúcha, se a concessão da prisão

¹ LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

² GIL, A. C. **Estudo de caso**. São Paulo: Atlas, 2009. p.14.

domiciliar às presidiárias gestantes e mães com filhos pequenos, tem cumprido os requisitos previstos na legislação e contribuído à efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Outrossim, cabe mencionar que o presente trabalho está vinculado ao Projeto de Pesquisa Estudos em Sistema Penal e Criminologia (PESC), coordenado pela Prof.^a Ms.^a Luiza Rosso Mota e desenvolvido no Curso de Ciências Sociais e Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Maria. Esse projeto parte do pressuposto de que o atual processo de criminalização brasileiro é contraditório e faz-se, pois, necessário o estudo de formas de punições mais humanas e condizentes com os princípios constitucionais.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo tem como tema central o instituto da prisão domiciliar. No segundo capítulo, analisa-se o direito fundamental à convivência familiar e comunitária. E, no último capítulo, analisa-se o teor das justificativas dos Doutos Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao decidirem sobre a concessão de prisão domiciliar às mães presidiárias.

1 PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar se caracteriza pelo cumprimento da pena em domicílio. Ela é bastante polêmica e divergente entre doutrinadores, pois alguns acreditam que gera impunidade, enquanto outros a sustentam como solução à crise do sistema carcerário. Para abordar o tema dividiu-se o capítulo em subcapítulos.

Em um primeiro momento, trata-se da origem e da normatividade da prisão domiciliar no Brasil, para, depois, ponderar a novidade trazida pelo Estatuto da Primeira Infância, ao prever a concessão de prisão domiciliar às mães presidiárias. Por último, aborda-se criticamente a pena de prisão e sua finalidade às avessas, trazendo como alternativa a prisão domiciliar, cumulada com a monitoração eletrônica.

1.1 HISTORICIDADE E NORMATIVIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL

A primeira legislação brasileira que dispôs sobre a prisão domiciliar foi a Lei n. 5.256, de 06 de abril de 1967, promulgada e sancionada pelo Presidente Artur da Costa e Silva, durante o Regime Militar. Com ela tornou-se possível o cumprimento da prisão provisória em ambiente familiar, isto é, no domicílio do réu ou indiciado, desde que não houvesse estabelecimentos adequados às peculiaridades dos presos especiais³.

Mais tarde, com a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, estendeu-se a possibilidade de cumprimento de pena em domicílio aos condenados do regime aberto (presos definitivos, portanto), dado às escassas casas de albergue existentes no país⁴. Por conta disso, muitas prisões domiciliares foram concedidas pelos Tribunais dos Estados.

Conforme Mirabete, as concessões indiscriminadas de prisões domiciliares culminaram pelo descrédito do regime aberto, motivo pelo qual a Lei de Execução, posteriormente, distinguiu as duas espécies de prisão: prisão albergue e prisão

³ BRASIL. Lei n. 5.256, de 6 de abril de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁴ BRASIL. Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

domiciliar⁵. Assim, a prisão domiciliar se tornou mais específica e limitada aos presos do regime aberto e especiais, conforme preceitua o artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Apenas em 1984, com a Lei n. 7.210, a execução penal ganhou autonomia como ramo jurídico brasileiro, pois deixou de ser um Livro do Código de Processo Penal para ter previsão própria em lei, dispondo todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal⁶. Assim, com a vigência da aludida lei no ordenamento brasileiro, foram revogadas as leis anteriores que trataram da prisão domiciliar.

Apesar de ter adquirido *status* de ciência autônoma, não se pode falar de sua desvinculação do Direito Penal e do Processo Penal, pois todos se relacionam desde os institutos penais às garantias processuais como, por exemplo, contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, entre outros. Nesse sentido, assevera Nucci, ao conceituar o Direito de Execução Penal: “Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora sem, jamais, desvincular-se do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência”⁷.

Ademais, cabe ressaltar a humanização em sede de execução penal, pois, essa, em essência, respeita à condição de pessoa humana. Sua imprescindibilidade é necessária à medida que se busca a dignidade no cárcere, pois, conforme o artigo 38 da Lei de Execução Penal⁸, o preso tem todos os direitos resguardados, exceto aqueles atingidos pela pena de liberdade. Madeira compreende também dessa forma, no sentido de que as pessoas têm dignidade, não podendo a ser substituída ou instrumentalizada⁹.

Realizado o aporte histórico, necessário se faz a explicação das características, dos requisitos e das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar. Primeiramente, ela se caracteriza como medida que visa o não encarceramento de

⁵ MIRABETE, J. F. **Execução penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11-7-84**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1997. p. 274.

⁶ ANGHER, A. J. (Org.). Exposição de motivos 213, de 9 de maio de 1983. In: _____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 1004.

⁷ NUCCI, G. de S. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 918.

⁸ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

⁹ DEZEM, G. M. D. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

peessoas que, pelas suas condições, necessitam de cuidados especiais. Existem dois tipos da aludida prisão na atual legislação brasileira, que são: a prisão domiciliar processual e a prisão domiciliar executória. A primeira é direcionada à execução provisória da pena (substitutiva da prisão preventiva, a qual é anterior à sentença condenatória transitada em julgado), enquanto a segunda é posterior à sentença condenatória, tratando-se de execução definitiva.

Inicialmente, cabe relatar no que consiste a prisão preventiva. Ela é medida cautelar, que visa à constrição da liberdade do indiciado ou réu, por motivos de extrema necessidade, respeitados os requisitos dispostos na lei¹⁰. Seus motivos estão previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, sendo eles: garantir a ordem econômica por conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, caso haja alguma prova suficiente da existência do crime e da sua autoria¹¹.

Em outras palavras, cabe verificar a presença da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) - analisada a partir dos indícios suficientes de autoria e materialidade a ensejar a persecução penal contra o acusado - e o perigo na demora (*periculum in mora*) - manifestado sob o viés da subjetividade, sendo importante auferir o perigo que o suposto acusado representa à sociedade, à instrução criminal e à aplicação da lei. Lopes Júnior, entretanto, não concorda com a aplicação automática de institutos civis ao processo penal, como é o caso do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Para esse processualista penal, fazem-se pertinentes algumas modificações como a existência do *fumus commissi delicti* - que se configura na probabilidade do evento delitivo e na presença de indícios suficientes de autoria - e do *periculum libertatis*¹² - referente ao perigo que a liberdade do imputado traz ao desenrolar da instrução processual como, por exemplo, destruição de indícios probatórios ou provável fuga. Portanto, verifica-se que a decretação da medida cautelar deve ser fundamentada com provas concretas, caso contrário será desnecessária, ferindo o princípio da presunção da inocência esculpido no artigo 5º, do inciso LVII, da

¹⁰NUCCI, G. de S. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 544.

¹¹ANGHER, A. J. (Org.). Código de Processo Penal. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel** 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 427.

¹²LOPES JR, A. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 189-190.

Constituição Federal de 1988, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹³.

Assim, percebe-se que a medida cautelar serve como instrumento para garantir o desenvolvimento da instrução criminal, a qual possui como finalidade a prestação jurisdicional. Outrossim, ela deve estar em consonância com os direitos e as garantias fundamentais da Constituição Federal e seus princípios basilares próprios, que são a provisionalidade e a proporcionalidade.

A provisionalidade garante que a prisão preventiva não seja usada como antecipação de pena. Apesar de o tempo de duração da aludida prisão não estar disposto em lei, a jurisprudência pátria compreende que é necessário analisar as peculiaridades de cada caso à luz do princípio da razoabilidade. Quanto à proporcionalidade, cabe referir que essa se identifica com o princípio da presunção de inocência, pois o magistrado deve sempre optar pela medida menos nociva ao indiciado, acusado ou réu, bem como está relacionada com o princípio da intervenção mínima a que se refere o Direito Penal, sendo usada apenas como última alternativa.

Em consideração ao que foi exposto anteriormente, a jurisprudência gaúcha também compreende a necessidade de se analisar as peculiaridades de cada caso à luz do princípio da razoabilidade. Assim, a quantidade de réus e de testemunhas e a gravidade do delito são levadas em consideração na contagem do respectivo prazo, como ilustra o acórdão colacionado abaixo:

*HABEAS CORPUS. ARTIGOS 240 E 241-B DO ECA. ÂMBITO DE CONHECIMENTO. Constata-se que o presente writ apresenta como conexo o habeas corpus nº 70065697377, cuja liminar, diante da deficiente instrução, foi indeferida. No presente caso, verifica-se tratar de novo writ com deficiente instrução, estando ausente o decreto prisional, documento imprescindível para a apreciação da legalidade e necessidade da segregação preventiva do paciente. Desta forma, o presente habeas corpus merece ser parcialmente conhecido, já que não há como analisar o presente pedido na extensão pretendida pelo impetrante. EXCESSO DE PRAZO. Certo que as Leis n.º 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 alteraram substancialmente o Processo Penal brasileiro. **Novos procedimentos foram estabelecidos e, conseqüentemente, novos prazos, inclusive, mais prolongados que os antigos 81 dias, previstos no Código anterior, não havendo hoje regra clara a respeito de qual seria o limite legal temporal para o término da instrução criminal em processo de réu preso.** A aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada*

¹³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 30 ago. 2016.

caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando (como, v.g., o número de réus e o de testemunhas arroladas, a complexidade do feito e o comportamento dos patronos dos acusados, que não podem ser os causadores do alongamento do processo). Na hipótese em questão, embora as investigações tenham se iniciado no ano de 2014, o paciente foi preso somente em 13.07.2015, ou seja, após o oferecimento da denúncia, que ocorreu em 10.07.2015. Logo, considerando a recente prisão cautelar do paciente e a pluralidade de fatos criminosos que lhe estão sendo imputados, assim como que já há audiência de instrução e julgamento aprazada para 22.09.2015, não há o que se falar em excesso de prazo. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA (grifo nosso)¹⁴.

Outrossim, suas hipóteses legais estão previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal¹⁵, sendo essas, pena máxima maior que quatro anos para crimes dolosos, reincidência em crime doloso e descumprimento de medida protetiva. Insta ressaltar que essas hipóteses não são cumulativas, bastando apenas a incidência de alguma para ensejar a medida constritiva. Da mesma forma, caso haja alguma ilegalidade na prisão preventiva, a parte prejudicada poderá realizar um pedido de relaxamento de prisão, conforme preceitua o Art. 5º, inciso LXV, da Constituição Republicana Brasileira¹⁶.

Ante o exposto, percebe-se que a prisão preventiva deve ser decretada, com parcimônia, pelo Poder Judiciário, a fim de que garantias e direitos não sejam vilipendiados. Nessa senda, assevera Aury Lopes Jr¹⁷:

Não há nenhum exagero no nível de exigência que estamos sustentando, pois exagero sim é a violência real, concreta, de aplicar-se uma pena antecipada, sem processo e sem sentença, a ser cumprida numa delegacia de polícia ou estabelecimento carcerário, em condições subumanas, de superlotação e com seriíssimos riscos de vida.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (6. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou improcedente o habeas corpus que pedia a soltura do preso provisório por excesso de prazo, isto é, demora na instrução criminal.** *Habeas Corpus* n. 70065900995. Juiz de direito da 6. vara criminal do foro central da comarca de Porto Alegre. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Porto Alegre, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/3INTY8>> Acesso em: 4 out. 2016.

¹⁵ ANGER, A. J. (Org.). Código de Processo Penal. In: _____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel** 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 427.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 1º set. 2016.

¹⁷ LOPES, A. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 194.

Com o intuito de diminuir a prisão provisória, a lei n. 12.403/2011 trouxe medidas alternativas ao encarceramento, previstas no artigo 319, como, por exemplo, a monitoração eletrônica, a proibição de ausentar-se da Comarca quando pertinente à conveniência da instrução ou da investigação, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, desde que o investigado ou acusado tenha trabalho e residência fixos, entre outras medidas¹⁸. Assim, o encarceramento, em sede de prisão processual provisória, é a última medida a ser tomada.

Apesar de não estar prevista no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, a prisão domiciliar pode ser utilizada a fim de evitar a constrição da liberdade durante a instrução processual. Ela é substitutiva da prisão preventiva, isto é, para sua existência é necessário que anteriormente tenha sido decretada a prisão preventiva. Esse é o entendimento de Madeira, para quem a prisão domiciliar é “medida substitutiva uma vez que pressupõe o decreto de prisão preventiva. Para todos os efeitos o indiciado ou acusado está em cumprimento da prisão preventiva. O que é substituído é o local de seu cumprimento [...]”¹⁹.

No artigo 318 do Código de Processo Penal, tem-se um rol taxativo de presos especiais que merecem tratamento diferenciado dadas as suas peculiaridades. É o caso dos agentes maiores de 80 anos; dos debilitados por doença; dos responsáveis por pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência (cuidados especiais); das gestantes; das mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos e homens, se ele for o único responsável pelos cuidados, com filhos de até 12 anos de idade incompletos²⁰.

Para a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar se faz necessária a obtenção de prova idônea, a fim de demonstrar que o agente merece tratamento diferenciado em sua execução provisória, com respeito, é claro, ao processo penal e à ampla defesa. Outrossim, nem todas as hipóteses legais previstas no aludido artigo são objetivas, pois as passagens “extremamente debilitado” e “imprescindível aos cuidados especiais” necessitam de uma avaliação subjetiva do juiz.

Desse modo, a prisão domiciliar como medida cautelar alternativa à constrição de liberdade poderá ser indeferida, apesar de expressamente prevista, e

¹⁸ ANGHER, A. J. (Org.). Código de Processo Penal. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel** 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 427.

¹⁹ DEZEM, G. M. D. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. ver., atual. e amp.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 777.

²⁰ ANGHER, A. J. (Org.). Código de Processo Penal. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel** 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 427.

ser deferida em outras hipóteses não previstas em lei. Com relação a essa última, destaca-se a concessão de prisão domiciliar por falta de vaga em regime aberto, em que a Suprema Corte Brasileira entende que o preso não pode ser prejudicado pela inércia da Administração Pública ao não fornecer estabelecimentos adequados às diretrizes impostas pela Lei de Execução Penal. É o que dispõe a súmula vinculante de número de 56, que refere: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641. 320/RS”²¹.

Quanto à prisão domiciliar prevista na Lei de Execução Penal, ela se destina aos presidiários que possuem o benefício do regime aberto e que, pelas suas peculiaridades, necessitam de tratamento diferenciado, consoante entendimento do artigo 117 da aludida lei²². Entre eles estão os maiores de setenta anos, os acometidos de doença grave, as gestantes e, por fim, as condenadas com filho menor de idade ou deficiente físico. A falta de casa do albergado, apesar de não disposta em lei, tornou-se forte motivo à concessão da prisão domiciliar pelo Judiciário, tendo em vista a falência do sistema punitivo brasileiro. Ressalta-se que esse tema será objeto de subtítulo próprio, posteriormente.

A seguir, passa-se a um tema fundamental para o presente trabalho, qual seja, a prisão domiciliar no contexto das mães presidiárias, gestantes e mulheres com filhos pequenos, e a prisão domiciliar.

1.2 ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA: PRISÃO ESPECIAL ÀS MÃES PRESIDÁRIAS

Com a publicação da Lei n. 13.257²³, em 8 de março de 2016, consolidou-se a prioridade máxima à criança. Nela é estabelecido o marco da primeira infância,

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Aplicação das Súmulas no STF**. Última atualização em: 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 5 out. 2016.

²² BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em: 23 ago. 2016.

²³ BRASIL. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. **Estatuto da Primeira Infância**. Dispõe sobre políticas públicas na primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012.

que corresponde aos seis primeiros anos de vida de uma pessoa, anos importantes para o seu pleno desenvolvimento, pois são neles que ela estabelece seu primeiro contato com o mundo, bem como sua relação de apego à mãe.

Entre as áreas prioritárias à formulação e à aplicação de políticas públicas do Estatuto, está a da alimentação, da nutrição, da convivência familiar e comunitária, da educação infantil, da assistência social, do brincar e do lazer, da saúde, dentre outros. É previsto também a responsabilidade solidária – já existente no artigo 227 da Constituição Federal²⁴ –, que consiste na ajuda mútua entre sociedade, Estado e família da criança.

A relação entre mãe e bebê é muito estudada na psicologia, tendo em vista seus efeitos na formação social, cognitiva e psicológica do indivíduo. Ela pode ser dividida em fases, de acordo com Bowlby:

- (a) A fase na qual o bebê está a caminho de estabelecer uma relação com uma pessoa que identifica claramente – sua mãe; isto normalmente se dá aos cinco ou seis meses.
- (b) A fase na qual ele necessita da presença constante da mãe; vai geralmente até seu terceiro aniversário.
- (c) A fase na qual a criança começa a ser capaz de manter a relação com a mãe mesmo quando ela está ausente. Aos quatro, aos cinco anos está relação poderá ser mantida, mas apenas se as circunstâncias forem favoráveis e por poucos dias ou semanas de cada vez.; depois dos sete ou oito anos a relação pode ser mantida, embora não sem tensões, por períodos de um ano ou mais.²⁵

Ademais, o viés do aludido Estatuto é fortalecer as relações afetivas e familiares. Prioriza-se a criação, isto é, o cuidado e a educação da criança pela sua família biológica ou afetiva. Nesse sentido, acrescentou-se dois incisos no artigo 318, do Código de Processo Penal, aumentando, assim, as hipóteses de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, a fim de concretizar o direito fundamental de convivência familiar ao menor.

Ao encontro do previsto no Estatuto, a prisão domiciliar à mãe presa preventiva se alinha as disposições do marco normativo internacional denominado Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

²⁵ BOWLBY, J. **Cuidados maternos e saúde mental**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras²⁶ –, que reconhece a não privação de liberdade às mães nessa situação. Ao documento, o Brasil também assumiu compromisso, adotando as medidas nele previstas, pois “é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório [...] principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado”.

De outro, insta ressaltar que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar às mães presidiárias, apesar de estar expressamente prevista em lei, é uma faculdade do juiz, o qual irá decidir levando em consideração as circunstâncias objetivas, previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal²⁷, somadas às circunstâncias subjetivas de cada caso, porque a prisão domiciliar é medida cautelar, deve ser empregada com parcimônia e cuidado. Em conformidade com o princípio da adequação, ela não pode acarretar perigo à garantia da ordem pública, e à conveniência da instrução criminal. Corroborando com o exposto o entendimento da procuradora de Justiça Kátia Maciel:

[...] deve-se, no entanto, ter bastante cautela na implementação do benefício estendido, previsto no art. 318 do CPP, uma vez que poderá ser utilizado para burlar o sistema punitivo, ou seja, deve-se ter a prova concreta de que os detentos estão aptos para o exercício deste cuidado direto dos filhos menores no meio familiar, a justificar a modificação da prisão preventiva pela domiciliar e que os genitores que tiverem este benefício irão efetivamente se dedicar à guarda dos filhos, de modo que estes últimos não sejam afetados pela situação de detenção na qual se encontram os pais²⁸.

Ademais, pode ser útil na identificação da necessidade da prisão domiciliar, por exemplo, o auto de prisão em flagrante. Modificado pelo Estatuto da Primeira Infância, nele deverão conter informações acerca da existência de filhos, suas idades e contato de eventual responsável pelos cuidados do menor²⁹, a fim de se tomar ciência, pela Administração Pública, da condição da

²⁶ 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. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 10.

²⁷ BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

²⁸ IBDFAM. **STF garante prisão domiciliar a mãe de criança de três meses**. [S.l.]: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/xwzAeR>>. Acesso em: 1 set. 2016.

²⁹ Medidas dispostas no parágrafo quarto, do artigo 304, do Código de Processo Penal, que refere: “Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável

criança, se tem algum familiar próximo responsável pela sua criação, para que ela não fique desamparada ou em situação de extrema vulnerabilidade social.

Pois, é preferível, inicialmente, que ela fique sob os cuidados de algum familiar próximo do que ser alojada em um abrigo para menores. Nesse prisma, é previsto no parágrafo único do artigo 25, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o conceito de família extensa, sendo “(...) aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”³⁰.

Percebe-se, portanto, que as recentes modificações trazidas pelo Estatuto da Primeira Infância estão em consonância com o direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor e com o direito à maternidade da mãe presidiária. É, portanto, novidade em prol da devida efetivação dos institutos legais.

1.3 RESSOCIALIZAÇÃO ÀS AVESSAS: O CAOS DA PENA DE PRISÃO E A IMPORTÂNCIA DA PRISÃO DOMICILIAR

A pena de prisão, desde tempos remotos, serve para legitimar a cultura protecionista e antagonista, qual seja, sociedade de bem *versus* homens maus. Ocorre que, superar esse pensamento arcaico e egoísta de tolerância zero, é difícil, tendo em vista a proliferação de discursos radicais nos meios de comunicação, que ensejam uma atuação estatal mais restritiva de direitos e de garantias já conquistadas.

Ao analisar o teor de algumas das reportagens veiculadas pelas mídias sociais, percebe-se a tendência à depreciação e a instigação à insegurança pública. Nessa senda, Budó refere que a mídia possui o papel de articuladora, pois gera a sensação de insegurança que acaba por legitimar o aumento da repressão penal.

pelos cuidados dos filhos, indicado pela presa” (Incluído pela Lei n. 13.257, de 2016). BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

³⁰ DIGIÁCOMO, M. J. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. p. 28.

Adotando uma abordagem excludente e desigual, ela reproduz o preconceito às parcelas menos favorecidas, que são o alvo do sistema penal³¹.

Sendo assim, o senso comum, arraigado no medo e na tentativa de culpar os direitos humanos pelo aumento da criminalidade, apenas contribui com o destino fatídico do sistema prisional, decorrente da falência da pena de prisão e da inércia do Estado. Repensar as políticas criminais e de segurança pública se faz necessário diante do atual cenário brasileiro.

Coutinho acredita na potencialidade do discurso cauteloso ao tratar da temática segurança pública. Segundo o autor, deve ser levado em consideração tanto os anseios sociais (os quais reivindicam cada vez mais segurança pública, influenciados pelas mídias e pela realidade), quanto os direitos conquistados e cristalizados na Constituição da República³².

Outrossim, adotando o viés garantista, defende-se que o direito de um indivíduo abrange o direito de todos. Deve prevalecer um sistema penal de garantias mínimas de que não se pode abrir mão, a fim de que não haja retrocessos e supressão de direitos fundamentais. Como assevera Lopes Jr., o processo possui dupla função, aplicação da pena e efetivação e garantia de direitos e liberdades individuais³³.

Quanto à finalidade da pena de prisão, acredita-se que, além da carga punitiva, ela serve para fins de ressocialização e reinserção do infrator no meio social. Ocorre, entretanto, que as estruturas prisionais nunca efetivaram esses propósitos, uma vez que é impossível ressocializar e reinserir fora do meio social. Ademais, conforme Julião, “o sistema penal foi instituído socialmente com o objetivo de aprisionar as mazelas sociais, escamoteando as chagas abertas pela exclusão e pela ganância por poder geradas pelas lutas de classes”³⁴.

Assim, a abordagem fática da função da pena é imprescindível, ou, em outras palavras, sua realidade nua e crua deve ser observada. Pois, como salienta Bitencourt, a questão da privação de liberdade deve ser analisada sob essa ótica,

³¹ BUDÓ, M. D. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. **UNirevista**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 1-14, jul. 2006. p. 10.

³² COUTINHO, J. N. de M. “A Crise da Segurança Pública no Brasil”. In: BONATO, G.; et al. (Coords.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 181-186.

³³ LOPES JR., A. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 194.

³⁴ JULIÃO, E. F. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Educação**, v. 15, n. 45, p. 529-596, set./dez. 2010. p. 530.

sem adentrar no terreno dos dogmas, do dever-ser e das teorias. Portanto, o enfoque principal é como ela é executada, como são as condições dos estabelecimentos prisionais, quais os orçamentos e políticas públicas, bem como as circunstâncias atuais e a demanda social³⁵.

Ademais, Foucault salienta que a prisão é contraditória, pois, ao mesmo tempo em que se mostra humanitária, com viés social e ressocializador, também acaba por fomentar a reincidência da prática delitiva. Declara que ela “[...] transforma o infrator ocasional com seus pequenos delitos e ilegalidades em delinquente habitual; a organização da ‘sociedade do cárcere’ ajuda a promover a solidariedade entre os internos para o mundo do crime e da delinquência”³⁶.

As altas taxas de reincidência comprovam que as instituições carcerárias nada mais são do que fatores criminógenos, pois, conforme o Relatório de Pesquisa desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e intitulado Reincidência Criminal no Brasil, constata-se que:

A população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009 [...]. Se considerarmos informações mais recentes, e que 38% da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, deficit de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012)³⁷.

Assim, verifica-se que a prisão não obteve êxito em seu objetivo. Ela viola direitos e segrega seres humanos sem a mínima esperança de futuro e ressocialização. Mirabeti afirma que ela não prospera em tais ambientes, porque neles tendem-se a agravar e reproduzir as mazelas e os problemas do sistema social exterior em um microcosmo³⁸.

³⁵ BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 154.

³⁶ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: O Nascimento das Prisões**. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p.208.

³⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. p. 10.

³⁸ MIRABETE, J. F. **Execução Penal: Comentários à Lei n 167 7.210 de 11-7-1984**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.24.

Outro ponto negativo da pena privativa de liberdade é a desconsideração da natureza social do homem. O aprisionamento gera impactos negativos às relações, sejam elas afetivas ou familiares, como, por exemplo, a ruptura dessas relações, o estresse e a depressão.

Isso se deve à natureza humana que necessita ir além da satisfação das necessidades biológicas, ou seja, é preciso o convívio humano e a fortificação das relações interpessoais e de crenças. Corroboram com o exposto, Lima, Pereira Neto e outros, os quais entendem que

A satisfação das necessidades instintivas (fome, sede, sono, apetite sexual) não é suficiente para fazer o homem feliz, não é sequer suficiente para fazê-lo mentalmente sadio. Tais necessidades são importantes porque têm suas raízes na química interior do organismo e podem fazer-se onipotentes quando não atendidas. Porém, a satisfação total dessas necessidades não é ainda condição suficiente para o equilíbrio mental. Ambos dependem da satisfação das necessidades especificamente humanas que nascem da condição humana: a necessidade de relação, transcendência, arraigamento; necessidade de um sentimento de identidade e de uma estrutura de orientação e devoção³⁹.

É inegável, pois, a necessidade de reforma e diálogo acerca da política criminal em sede de execução penal. Precisam-se analisar os efeitos de tal política, a fim de averiguar a forma pela qual os estabelecimentos prisionais podem se tornar menos precários e prejudiciais aos condenados, bem como estudar formas alternativas ao encarceramento, para que ele seja usado com última medida.

Busca-se, por conseguinte, um modelo ressocializador e reintegrador, que traga benefícios efetivos aos presidiários. As peculiaridades de cada um devem ser analisadas, como, por exemplo, as relações familiares fora e dentro dos estabelecimentos carcerários, o seu passado, o seu futuro, as suas perspectivas e os seus medos. Só assim a política criminal passará a surtir efeitos com o devido escopo social, de modo que ocorra uma “[...] intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais”⁴⁰.

³⁹ LIMA, G. M. B.; PEREIRA NETO, A. F.; AMARANTE, P. D. C.; DIAS, M. D.; FERREIRA FILHA, M. O. Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 446-456, jul./set. 2013 *apud* FROMM, E. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. 9. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p.06.

⁴⁰ MOLINA, A. P. G. de. **Criminologia: Uma Introdução aos seus Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998. p.383.

Para que haja essa intervenção positiva, é preciso transformar a realidade dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Internamente, deve-se priorizar a efetividade assistencialista prevista na Lei de Execução Penal. Já exteriormente, deve-se aplicar a inclusão social, para que as desigualdades sociais sejam reduzidas.

Quanto ao assistencialismo na Lei de Execução Penal, ele está previsto no artigo 11⁴¹, com medidas na área material, jurídica, social, educacional, trabalhistas, psicológica e de saúde. Ocorre que nem sempre a lei surte seus efeitos, pois a falta de recursos acaba se tornando obstáculo à concretização de direitos.

É o que foi constatado no Relatório de Pesquisa, denominado *Reincidência Criminal no Brasil*. Ele constata que, na maioria dos casos pesquisados, não são fornecidos os kits de higiene pelas penitenciárias, então, para suprir essa falta, os familiares doavam os materiais necessários. Além disso, o pouco número de agentes penitenciários disponíveis para realizar a locomoção dos presos com a devida escolta é outro obstáculo à assistência direcionada à saúde.

Quanto às oportunidades de trabalho no presídio, verificou-se que as vagas não eram para todos os presos. Outrossim, elas eram usadas e vistas como remição de pena, ocupação e sustento, e não como forma de qualificação e possível meio de inserção na sociedade⁴². Como salienta Cardoso, as atividades laborais oferecidas resumem-se, na maioria das vezes, na higienização e manutenção dos estabelecimentos prisionais. A partir dessas considerações, não é possível inverter a ótica social excludente⁴³.

Diante do exposto, resta cristalina a falência da pena de prisão no ordenamento brasileiro, haja vista que a ressocialização e a reintegração funcionam às avessas. Formas alternativas ao encarceramento precisam ser melhor estudadas e desenvolvidas no Brasil, como é o caso da pena de prisão domiciliar, cumulada com o monitoramento eletrônico.

Com a monitoração eletrônica, a “prisão” em domicílio se torna mais viável, pois facilita a fiscalização, isto é, o indivíduo vigiado transmite todos os seus

⁴¹ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016.

⁴² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. p. 10.

⁴³ CARDOSO. M. C. V. As assistências previstas na Lei de Execução Penal: uma tentativa de inclusão social do apenado. **SER Social**, Brasília, v. 11, n. 24, jan/jun. 2009. p. 17-18.

movimentos, o que torna possível saber se ele está ou não frequentando lugares que lhe foram proibidos sem restringir demasiadamente sua liberdade. Outra vantagem da medida é ela possibilitar a convivência familiar, benéfica aos presidiários enquanto estímulo e motivação no cumprimento de pena, além de evitar possíveis desgastes nas relações familiares e afetivas.

Ademais, a prisão domiciliar cumulada com o monitoramento eletrônico é medida mais humana e ressocializadora, desde que seja bem fiscalizada e acompanhada de programas assistenciais que possibilitem o reingresso do preso na sociedade. Como observa Bottini,

A utilização do monitoramento como método de vigilância estatal em substituição à prisão significa a compreensão das desvantagens sociais da submissão de um contingente tão grande de cidadãos aos efeitos nefastos do sistema carcerário brasileiro, e a crença na possibilidade de reintegrar estas parcelas da população por meios menos cruéis e agressivos⁴⁴.

A prisão apenas se destinaria aos crimes mais gravosos e aos detentos que possuam alta taxa de reincidência. Percebe-se, desse modo, a imprescindibilidade do interesse estatal em querer mudar a realidade carcerária brasileira, pois, de nada adianta adotar a prisão domiciliar cumulada com monitoração eletrônica, se faltarem recursos, servidores preparados e programas sociais destinados a reinserir os ex-presidiários na sociedade.

Nesse viés, a construção de uma criminologia crítica, que efetiva as conquistas sociais do sistema penitenciário sem que haja a impunidade, necessita da sensibilidade da sociedade conservadora, bem como da desconstrução de falsos discursos midiáticos, como, por exemplo, a instigação à pena de morte. Outrossim, os direitos e as garantias fundamentais do preso não passam de mera retórica diante do desinteresse do Estado e da sociedade.

Diante do exposto, percebe-se a necessidade da humanização das políticas de execução penal, bem como da reforma do sistema penitenciário atual brasileiro, a fim de que a ressocialização dos detentos não continue sendo às avessas ou mero dogma do dever-ser. Na sequência, passa-se à análise do direito à convivência familiar e comunitária do menor.

⁴⁴ BOTTINI, P. C. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, [S.l.], v. 36, p. 387-404, 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30758.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2016.

2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DA CRIANÇA: REFLEXOS E DIRETRIZES NO CONTEXTO DE MÃES PRESIDÁRIAS

A convivência familiar é importante à formação e ao desenvolvimento dos indivíduos nos seus seis primeiros anos de vida, pois é a partir desse período que as crianças estabelecem suas primeiras relações com seus cuidadores e com o mundo. Por isso, ela deve ocorrer a todas às crianças, independente de cor, de raça, de religião e de classe social. As crianças filhas de mães presidiárias também têm o direito a coexistir com seus genitores.

Para melhor elucidação do presente capítulo, faz-se imperiosa sua subdivisão em três partes. Na primeira, realiza-se um aporte histórico referente à história dos direitos fundamentais. Em um segundo momento, focaliza-se na análise normativa e principiológica do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Já, na terceira parte, detém-se sobre o exercício da relação materna nos estabelecimentos prisionais.

2.1 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

O direito é fruto dos anseios sociais. Ele se modifica na medida em que crescem as demandas da população. Dentro dessa lógica, ele se fundamenta “no querer social [...] É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos”⁴⁵.

Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem breve da história e da origem das dimensões dos direitos e garantias fundamentais, pois são variáveis. Conforme Bobbio, no futuro, vão emergir outros direitos, bem como novas pretensões, porque o elenco dos direitos do homem é modificável e influenciável pelas condições históricas, pelos interesses das classes hegemônicas e pelas mudanças técnicas. Da mesma forma como muitos direitos que outrora foram considerados absolutos, como, por exemplo, o direito à propriedade, depois foram relativizados pelos direitos sociais⁴⁶.

⁴⁵ NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 142.

⁴⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

A primeira dimensão de direitos fundamentais possui como cerne a liberdade. Esse princípio remete a uma realidade histórica baseada em autoritarismo e em nepotismos estatais. Nessa época, os cidadãos, especialmente burgueses, almejavam ampliar seu comércio e seus direitos civis. Assim, surgiram as liberdades individuais, as quais são oponíveis ao Estado. Conforme Bonavides, a teoria liberal dos direitos fundamentais “[...] faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade: o indivíduo oponível ao estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais”⁴⁷.

Para Lassalle, o aumento do comércio e da indústria gerou o progresso e a ascensão da classe burguesa, que começou a questionar o governo monárquico e a sua submissão às vontades do príncipe. Nessa senda, ocorreram várias revoluções, proclamando liberdade e gerando declarações e constituições mais adequadas às realidades dos novos fatores do poder, que, segundo o autor, são a essência da Constituição⁴⁸.

Porém, à medida que as indústrias cresceram, intensificou-se também as jornadas de trabalho, realizadas em condições desumanas, visto às péssimas condições dos ambientes industriais. Surgem, então, os movimentos sociais de cunho trabalhista, que começaram a exigir mais igualdade social, cultural e econômica. Desse momento histórico surge a segunda dimensão de direitos e garantias fundamentais.

Para Bonavides, entre essas duas circunstâncias, ocorre uma conversão do conceito de liberdade: de puramente liberal e negativo (de prestações estatais de não fazer) a instrumento positivo (de prestações estatais que promovem e possibilitam a liberdade). O autor, dessa forma, intitula os direitos de segunda dimensão de Teoria Institucional dos Direitos Fundamentais⁴⁹. Já Moraes os compreende como direitos sociais decorrentes da proteção aos trabalhadores, visto que a garantia à liberdade, em sua conceituação puramente liberal, já não era mais suficiente⁵⁰.

Na terceira dimensão dos direitos fundamentais, destacam-se os direitos da coletividade, como, por exemplo, os direitos ambientais e os direitos dos

⁴⁷ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 648.

⁴⁸ LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2015. p. 36-39.

⁴⁹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 651.

⁵⁰ MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 285.

consumidores. O cenário internacional que os originou foi o pós-Segunda Guerra Mundial, em que, com mudanças econômicas e sociais, veio à tona a ideia de direitos de fraternidade e de solidariedade.

No que diz respeito à quarta dimensão, Bobbio apresenta os direitos relativos à engenharia genética e à pesquisa biológica. Esses direitos dizem respeito ao cenário atual e, por isso, são ausentes ou muito pouco mencionados na Constituição brasileira de 1988.

Bonavides, por outro lado, acrescenta, na quarta dimensão, o direito à informação, à democracia e ao pluralismo, provenientes da globalização dos direitos fundamentais. Para o constitucionalista:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem sem, todavia, removê-la a subjetividade dos direitos individuais, a saber os direitos de primeira geração [...] Os direitos da segunda, terceira e quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação⁵¹.

Na quinta e última dimensão, chama-se a atenção para a doutrina dominante que acaba por encaixar nela o direito estabelecido na terceira dimensão. Bonavides é um dos poucos que aloca o direito à paz, reconhecido como o direito supremo da humanidade, numa dimensão especial.

Ademais, insta salientar que as dimensões dos direitos e garantias fundamentais não se excluem, mas se somam, porque fazem parte de um processo cumulativo de complementariedade. Sarlet, a esse respeito, afirma que a evolução dos direitos e garantias fundamentais está ligada diretamente aos esforços integrados dos povos e de seus respectivos Estados, pois é a partir do esforço coletivo que o *status* de universalidade e de efetividade é conquistado⁵².

Visto a evolução dos direitos e garantias fundamentais no contexto histórico mundial, cabe, especificamente, focalizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária ao menor. Ele se relaciona com a proteção à maternidade, que é outro direito social elevado ao *status* de direito fundamental. Nas palavras de Silva e Veronese:

⁵¹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 586-587.

⁵² SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54-55.

Significa que o Estado reconhece a necessidade de proteger à maternidade dentro das mesmas garantias constitucionais que são asseguradas aos demais direitos sociais ali previstos [...] A proteção à maternidade insere-se no sistema do direito constitucional, porque o Estado Democrático de Direito elege-o como um dos pilares da sociedade⁵³.

Verifica-se, portanto, que a convivência familiar e comunitária do menor é um direito fundamental que abarca, no mínimo, duas dimensões de direitos e garantias fundamentais. A primeira dimensão está ligada ao fato de que o Estado não deve intervir na criação dos filhos, exceto se ela for nociva aos menores. Já a segunda dimensão confere a condição de sujeitos de direitos às crianças e aos adolescentes, sendo dever do tripé Estado, comunidade e família prestar o devido auxílio à concretização desses direitos.

2.1.1 ASPECTOS NORMATIVOS E PRINCÍPIOLÓGICOS DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Anteriormente ao Estatuto da Primeira Infância, vigorava no Brasil a Doutrina da Situação Irregular, baseada no Código de Menores, que considerava crianças e adolescentes, basicamente, meros objetos de medidas protetivas judiciais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o surgimento da Doutrina da Proteção Integral, essa realidade mudou, pois foi reconhecida a condição de pessoa humana em desenvolvimento das crianças e adolescentes, tornando-os sujeitos de direitos, pois:

[...] o que se quer demonstrar é o respeito à realidade peculiar em função da idade, e do processo contínuo de transformação e de vulnerabilidade. É a fragilidade que autoriza o rompimento ilusório do princípio da igualdade entre adultos e menores⁵⁴.

As mudanças na legislação brasileira foram decorrentes dos movimentos populares favoráveis às crianças e aos adolescentes, bem como do reconhecimento do viés social do instituto familiar. Com a Constituição Federal de 1988, o Código de Menores tornou-se, então, incompatível.

⁵³ SILVA, M. M. da.; VERONESE, J. R. P. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente** São Paulo: LTr, 1998. p. 85.

⁵⁴ PES, J. H. F.; CONCEIÇÃO, H. S. de. (Coords.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 62-61.

Ao encontro dessas mudanças, em 1989, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. O cenário internacional também se inovou ante o reconhecimento das particularidades de ser criança, dentre elas, o seu desenvolvimento, físico e mental, reconhecido até os 18 anos. Conforme Marcílio, a convenção previu tanto reformas nas codificações internas dos países como na necessidade de ações integradas e integradoras, por parte do Estado e da comunidade, na realização de políticas sociais universais e de programas dirigidos aos grupos vulneráveis⁵⁵.

Os direitos fundamentais concernentes às crianças e aos adolescentes, como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à educação e à convivência familiar, estão previstos no artigo 227, da Carta Magna. Para Conceição e Pes, são justificáveis a proteção integral e a prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes em decorrência da condição específica de pessoa em desenvolvimento. Ademais, os autores ressaltam sua situação de vulnerabilidade e fragilidade, tendo em vista que elas podem ser vítimas de descaso familiar, social e estatal⁵⁶.

Como direito social, ele necessita de uma prestação positiva de fazer, não podendo o Poder Público se eximir dessa responsabilidade, sob a alegação da mera conveniência e oportunidade. Nesse prisma, assevera o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

[...] Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (**RE 482.611**, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 23-3-2010, *DJE* de 7-4-2010.)⁵⁷.

⁵⁵ MARCÍLIO, M. L. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP**, São Paulo, v. 37, p. 46-57, mar./maio 1988.

⁵⁶ PES, J. H. F.; CONCEIÇÃO, H. S. de. (Coords.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 36.

⁵⁷ _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão que reconheceu o dever legal da Administração Pública Municipal de amparar a criança e a adolescente vítima de violência ou exploração sexual, não podendo, pois, se eximir de sua responsabilidade prevista no artigo 227 da Constituição**. Recurso Extraordinário nº 482.611. Relator: Celso de Mello. Recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido Município de Florianópolis. Brasília, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28482611%2E%2E%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2E%2E%28%28CELSE>>

Portanto, as crianças e os adolescentes são os destinatários do direito à proteção integral que abarca todo o rol de direitos previstos no artigo 227, da Constituição. Esse artigo é norma constitucional programática declaratória de direitos, porque, apesar de não estabelecer de que forma o direito será implementado, vincula a Administração Pública à sua realização.

De acordo com Pimenta, as normas programáticas declaratórias dispõem dos direitos sociais, sendo sua eficácia condicionada às prestações normativas ou fáticas⁵⁸. No que tange aos direitos das crianças e dos adolescentes, foi criado um suporte técnico próprio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, cujo caput do quarto artigo dispõe o rol de direitos fundamentais e o princípio da prioridade absoluta:

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** (grifo nosso).⁵⁹

Conforme Dallari, a interpretação desse artigo não pode ser restritiva, mas extensiva, admitindo aplicação por analogia. Ademais, o autor salienta que a falta de verbas não é desculpa para a não aplicação dos direitos e garantias fundamentais da classe infanto-juvenil em respeito à proteção integral da criança e do adolescente⁶⁰.

O aludido microsistema legal vem em consonância com a nova ordem constitucional e internacional, estabelecendo, desde já, a proteção integral à classe infanto-juvenil. Cabe ao tripé família, estado e comunidade assegurar o rol de direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes. De acordo com Murillo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo, a inserção da palavra família em primeiro

O+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>

Acesso em: 16 set. 2016.

⁵⁸ PIMENTA, P. R. L. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012. p. 11. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 23 ago. 2016.

⁶⁰ DALLARI, D. de A. "Art. 4º Garantia de prioridade". In: CURY, M.; et al. (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28.

lugar, no artigo 4º, do Estatuto, não foi posta ingenuamente, mas com o intuito de defini-la como instituição prioritária à promoção do crescimento sadio da criança e do adolescente⁶¹. Já, para Dallari,

A responsabilidade da família, universalmente, reconhecida como um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção⁶².

Quanto ao direito à convivência familiar, no Estatuto da Criança e do Adolescente, ele está previsto no caput do quarto artigo e no artigo 19, dispondo que toda a criança ou adolescente tem o direito de ser criado por sua família, sendo a inserção em família substituta realizada apenas quando não é possível a permanência com os genitores. O conceito de família substituta, previsto no artigo 25 do aludido microsistema legal⁶³, compreende a família ampliada ou extensa aquela formada por parentes próximos que mantêm relações de afeto e afinidade com a criança ou adolescente.

O afastamento da família biológica é a última medida a ser adotada, sendo apenas admitido, quando os pais são dependentes químicos ou realizaram algum delito em face do próprio filho, consoante o disposto no artigo 23, do Estatuto.⁶⁴ A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreende, nesse sentido, conforme acórdão colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA. HISTÓRICO DE DROGADIÇÃO. ART. 22 DO ECA E ART. 1.638, II, DO CCB. Irretocável a sentença que destituiu os genitores do poder familiar e autorizou a permanência da infante com família substituta, pois robustamente demonstrado que os réus, negligentes e com histórico de drogadição, não apresentam condições de oferecer os mais básicos cuidados à criança, que nasceu muito abaixo do peso normal e soropositiva,

⁶¹ DIGIÁCOMO, M. J. et al. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. p. 06.

⁶² DALLARI, D. de A. "Art. 4º Garantia de prioridade". In: CURY, M.; et al. (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 28.

⁶³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > Acesso em: 23 ago. 2016.

⁶⁴ *Ibid.*, 1990. Acesso em: 23 ago. 2016.

sendo imediatamente abrigada após a alta hospitalar. APELAÇÃO DESPROVIDA⁶⁵.

Nesses casos, o convívio familiar inverte sua finalidade que é a promoção do desenvolvimento sadio, pautado no amor e no respeito à criança. Predomina o interesse do menor, isto é, a convivência com seus genitores ou seus familiares, com os quais possui vínculo afetivo, pois é na fase de desenvolvimento e crescimento que a afetividade é necessária, a fim de fortalecer sua identidade e sua personalidade, sendo excepcional a destituição familiar.

Visto por esse prisma, existe o princípio da comunhão plena de vida, baseada na afeição, que dinamiza o conceito da instituição familiar aos laços afetivos, não somente aos laços sanguíneos. Para Pereira, essa instituição caminha para novos rumos, desvinculando-se dos elementos formais e atribuindo importância à afetividade, cujo resultado é a família socioafetiva.⁶⁶

Abreu refere que a relação entre bebê e seu cuidador, influencia a personalidade da criança, bem como ajuda a sua percepção de mundo e de seu autoconhecimento. Ademais, o autor afirma que o processo de desenvolvimento psicológico é baseado na internalização de figuras de apego, pois é a partir de vínculos afetivos seguros que a criança terá um bom suporte emocional para enfrentar as adversidades⁶⁷. Nas palavras do estudioso:

Pessoas com apoio e segurança em períodos de desenvolvimento tornar-se-ão adultos seguros e autoconfiantes, enfrentando mais habilmente as tarefas, as situações difíceis, assim como, saindo-se melhor em suas relações afetivas⁶⁸.

Do mesmo modo, cabe referir que o vínculo inseguro do bebê não implica seu fracasso social, porém se torna um catalizador negativo à sua formação e ao seu crescimento⁶⁹. Resta reiterar a imprescindibilidade da efetivação do direito

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Acórdão que destitui o poder familiar, tendo em vista o histórico de drogadição dos pais, inserindo a criança em família substituta**. Apelação cível nº 70069707503. Apelantes: S. O. R. e L. D. Q. Apelado: M. P. Relator: Juiz Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 7 de julho de 2016. Disponível em: <goo.gl/GQy3gn>. Acesso em: 4 out. 2016.

⁶⁶ GONÇALVES, C. R. Direito de família. In:_____. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24. *apud* PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶⁷ ABREU, C. N. de. **Fundamentos, pesquisas e implicações clínicas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005. p. 16.

⁶⁸ *Ibid.* p. 17.

⁶⁹ KAIL, R. V. **A criança**. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 180.

fundamental à convivência familiar e comunitária, que promove a construção de indivíduos mais seguros emocionalmente, em consonância com a dignidade da pessoa humana e com a primazia do interesse do menor. Em seguida, passa-se à apreciação do exercício do poder familiar pela figura materna, nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

2.2 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

A realidade da criança filha de mãe presidiária no Brasil é um pouco menos colorida se comparada à realidade das demais crianças que não compartilham desse contexto. Seu direito à convivência familiar é limitado pela lei, decidido pelo juiz e exercido conforme a conveniência e a disponibilidade, tanto no que concerne a estrutura adequada dos estabelecimentos prisionais quanto às escassas políticas penitenciárias relacionadas ao tema.

A população carcerária feminina tem crescido consideravelmente nos últimos anos, inclusive, seu aumento supera ao da população masculina. Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres – junho de 2014), “No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres”⁷⁰.

Dentre as presidiárias brasileiras, a maioria possui características em comum. São mulheres jovens, com baixa escolaridade, com filhos pequenos e de classes econômicas menos favorecidas. Muitas delas estão na prisão por envolvimento com o tráfico de drogas, conforme o Levantamento:

Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico⁷¹.

⁷⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [S.l.]: Infopen Mulheres, jun. 2014. p.05.

⁷¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *loc. cit.*

Elas representam as chamadas “mulas”, usadas como iscas para atraírem os policiais, enquanto a verdadeira carga de droga chega ao seu destino. São, na maioria, mulheres que foram enganadas ou que se arriscaram pela necessidade do dinheiro. São vítimas, portanto, dos aliciadores e traficantes, que se aproveitam de sua situação de vulnerabilidade social.⁷²

Ainda conforme o Levantamento Nacional, a distribuição dos estabelecimentos prisionais, no que se refere ao gênero feminino, é a seguinte: “[...] apenas 7% são voltadas ao público feminino e outros 17% são mistos, no sentido de que podem ter uma sala ou ala específica para mulheres dentro de um estabelecimento anteriormente masculino”⁷³. Outro ponto pesquisado foi a estrutura desses estabelecimentos e o levantamento mostra que “menos da metade [...] dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes (34%). Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispunham de espaço específico para a custódia de gestantes”⁷⁴.

Ademais, deve-se prosperar o respeito ao princípio constitucional da igualdade no que concerne às presas femininas, cuja menção é feita à luz do viés material, no sentido de tratar as mulheres presidiárias de forma desigual em comparação aos presidiários masculinos, na medida de suas desigualdades. Elas possuem, por sua vez, peculiaridades inerentes ao gênero, como, por exemplo, o uso de absorventes, o acesso a métodos contraceptivos e a responsabilidade de, como mãe, cuidar do filho desamparado.

Nessa senda, em respeito ao princípio constitucional elencado acima, pode-se prever dois tipos de estabelecimentos prisionais na Lei de Execução Penal. Um deles é destinado ao sexo feminino e o outro ao sexo masculino, a fim de atender às particularidades de cada gênero. Mas, apesar da previsão constitucional e infraconstitucional, percebe-se que a realidade carcerária brasileira fica aquém do esperado.

Queiroz entende que a estrutura dos presídios é feita para homens, por exemplo, os banheiros, chamados, pelos presidiários, de “bois”, nada mais são do que buracos no chão⁷⁵. Já, como ponto positivo, cita a Penitenciária Madre Pelletier,

⁷² QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p.160.

⁷³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [S.l]: Infopen Mulheres, jun. 2014.p. 14.

⁷⁴ *Ibid.* p.18.

⁷⁵ QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p.117.

em Porto Alegre, como modelar aos demais estabelecimentos prisionais, pois, nessa instituição, existe um ambulatório com ginecologista, nutricionista, psicólogo, dentista, enfermeiro e clínico geral, possibilitando à maioria das presidiárias o trabalho, o estudo e a convivência familiar com seu filho pequeno⁷⁶.

Constata-se, assim, que existem obstáculos à efetivação dos direitos das mulheres presidiárias. Entre as dificuldades encontradas, destacam-se duas de maior relevância, a infraestrutura deficitária e a falta de investimentos em novas políticas criminais adequadas ao gênero. Isso influencia negativamente o aspecto ressocializador da pena, pois, se o objetivo social da instituição carcerária é a reabilitação do indivíduo, pautada no tripé Reeducação, Reintegração Social e Ressocialização, suas deficiências acabam por inverter sua finalidade, servindo apenas à violação de direitos e à segregação de classes.

Com relação às políticas públicas direcionadas às crianças que possuem mãe cumprindo pena privativa de liberdade, cabe mencionar que são muito recentes no Brasil, tendo em vista a posição à margem que esse assunto tem da sociedade. Entre os projetos que viabilizam a manutenção dos vínculos afetivos maternos, merece destaque, pela sua originalidade, o Projeto Amparando Filhos do Poder Judiciário do Estado de Goiás.⁷⁷

Ele parte da premissa que crianças e adolescentes não devem ser penalizados com o rompimento dos vínculos familiares apenas por terem algum familiar na prisão. A partir de uma Rede de Proteção formada pelo Poder Judiciário, sociedade civil e Poder Executivo, o projeto possui como objetivo o acompanhamento das crianças e adolescentes em vulnerabilidade social, a fim de ajudá-las em seu processo de socialização e, assim, desestimulá-las a seguirem os atos ilícitos de seus pais.⁷⁸

Outrossim, busca a regularização da guarda de fato, durante o período de encarceramento da mãe e a participação da sociedade civil, de forma a apadrinhar materialmente essas crianças e adolescentes⁷⁹. Percebe-se, portanto, a tentativa de efetivar a sociedade solidária. De acordo com o Juiz de Direito Fernando Rezende, a maioria dessas crianças e adolescentes ficam sob os cuidados de avós e tios, sendo

⁷⁶ *Ibid.*, p. 131-134.

⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Plano de Projeto Amparando Filhos.**

Disponível em: <<https://goo.gl/L7vCxh>>. Acesso em: 28 set. 2016

⁷⁸ *Ibid.*, p. 09-13

⁷⁹ *Ibid.*, p. 09-13.

raras as situações em que o pai está presente. Todas as iniciativas do projeto mostram que a sua rede de proteção oferece uma estrutura pedagógica, psicológica e material aos menores e a quem os cuida⁸⁰.

Na Constituição Federal, mais precisamente em seu quinto artigo, inciso L, está disposto que “às presidiárias, serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”⁸¹. Outrossim, a Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 89, que as Penitenciárias femininas serão dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos de idade, com a finalidade de assistir a criança desamparada⁸².

A fim de assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais submetidos à medida privativa de liberdade, foi promulgada a Lei n. 12. 962/2014, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre as modificações realizadas, destacam-se: o direito de visitação periódica promovida pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial, e a vedação à prática de destituição do poder familiar, fundada na condenação criminal do pai ou da mãe, exceto na hipótese de condenação por crime doloso contra o próprio filho ou filha à pena de reclusão.

Sendo assim, percebe-se que tanto a criança como a mãe presidiária possuem direito subjetivo ao convívio familiar. Ademais, cabe referir que a condição de ser preso refere-se apenas à privação da liberdade de locomoção e não aos demais direitos. Nesse sentido, dispõe o *caput* do terceiro artigo, da Lei de Execuções Penais: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”⁸³.

⁸⁰ G1. **TJ lança ação para amparar filhos de mães que estão presas em Goiás**. Atualizado em: 16 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/10/tj-lanca-acao-para-amparar-filhos-de-maes-que-estao-presas-em-goias.html>>. Acesso em: 29 set. 2016

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

⁸² ANGHER, A. J. (Org.). Lei n. 7.210/1984. In: _____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 1018.

⁸³ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Conforme dispõe a regra de número 49, do marco internacional normativo Regras de Bangkok, as decisões devem ser fundamentadas no melhor interesse da criança, principalmente no que tange à autorização dos filhos permanecerem com suas mães⁸⁴. É esse também o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma vez que, no acórdão colacionado abaixo, percebe-se que priorizou-se o direito à convivência familiar do menor, ao conceder o direito de visita à sua mãe presidiária.

CORREIÇÃO PARCIAL. AUTORIZAÇÃO PARA VISITA DE FILHO MENOR À PRESIDÁRIA NEGADO. Correta a decisão da Julgadora de deferir a visita da menor à sua mãe, ditada da seguinte forma: "O fato de a criança possuir tenra idade não é motivo suficiente a vedar seu contato com a genitora. Pior que frequentar o ambiente prisional, sem dúvidas, é ficar longe da mãe biológica, o que já ocorre por estar Franciane recolhida junto à Casa Prisional... O argumento, registro, é deveras falacioso, pois, é de notório conhecimento, que crianças crescem junto com as mães presidiárias no próprio ambiente carcerário, prevendo a LEP, inclusive, local para creche e amamentação, conforme art. 83, § 2º." DECISÃO: Correição parcial improcedente. Unânime⁸⁵.

Destaca-se, também, outro acórdão, em que prevaleceu o direito à visita da presidiária, combinado ao direito da convivência familiar do filho. Nele, percebe-se que a Primeira Câmara Criminal superou o arcaico argumento de violação da integridade do menor quando em contato com o estabelecimento prisional:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DE VISITA. VISITA DA FILHA E ENTENDAS MENORES A PRESO EM REGIME FECHADO. COLIDÊNCIA EM ABSTRATO ENTRE O DIREITO À VISITAÇÃO E DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DOS MENORES. ART. 41, X, DA LEP E ART. 18 C/C ART. 70 DO ECA. PONDERAÇÃO. PRECEDENTE DO STF. 1. A agravante recorre da decisão que indeferiu o pedido formulado pela irmã menor para que fosse deferido o direito de visita na casa prisional, alegando prevalecer o direito das crianças à dignidade em face do direito à visitação. 2. A análise do pedido passa pela consideração a respeito do conflito entre o direito da visitação do preso e da proteção à dignidade das menores, que é presumida como afetada em vista das condições do sistema carcerário. Efetivamente, deve ser garantida a proteção das menores, com base no art. 18 e 70 do ECA. Entretanto, não se pode presumir que essa proteção deva ser impeditiva à visitação no ambiente prisional. 3. A proteção à dignidade dos infantes é de fato devida, medida que, no entanto, não impede ao convívio

⁸⁴ 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. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 33.

⁸⁵ _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou improcedente o recurso do Ministério Público. Mantido o direito à visitação de filho menor à presidiária**. Correição Parcial n. 70043933860. Requerente: Ministério Público. Ré: Franciane Carvalho Oliveira. Réu: Dionatas Pinheiro Betim. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 11 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/ObRBfT>>. Acesso em 20 jun. 2016.

com o apenado em processo de ressocialização. Ponderação de direitos que é devida com base na análise do caso concreto. 4. Caso em que a menor estreita laços familiares com o recluso, tendo sido suficientemente demonstrado nos autos. Direito de visita que deve ser franqueado, observadas as diretrizes a respeito da visita e da proteção das menores. Precedente do STF. AGRAVO PROVIDO⁸⁶.

Nesse prisma, Queiroz⁸⁷ afirma que, apesar de a prisão não ser o local ideal à criança, é mais benéfica do que a separação, pois a relação maternal auxilia e ajuda o bebê no que tange ao seu autoconhecimento, tornando a criança mais calma e saudável. Ademais, algumas ativistas lutam para que a lei brasileira aumente o prazo de duração do aleitamento de seis meses para um ano, bem como seja deferida a prisão domiciliar cumulada com a monitoração eletrônica, a fim de que a amamentação e a vivência familiar e comunitária auxiliem o menor.

Desse modo, não permitir o convívio do filho pequeno com sua mãe, apenas sob o argumento de que se trata de uma pessoa em situação de cárcere, seria uma dupla punição à presidiária, bem como uma punição ao seu filho, ambos privados da relação materna. Lembra-se, ainda, que a Carta Magna Brasileira assinala que os efeitos da pena não podem ultrapassar a pessoa do condenado, conforme os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, previstos respectivamente nos incisos XLV e XLVI, ambos do quinto artigo, da Constituição Federal⁸⁸.

De outro lado, o desenvolvimento do vínculo entre mãe e bebê começa desde os primeiros meses de vida da criança e é chamado de desenvolvimento socioemocional. Nele se estabelece a primeira relação do bebê com o mundo, momento em que a mãe estimula a criança a desenvolver confiança e tranquilidade. Segundo Kail, no livro *A Criança*:

Os bebês que experimentam a confiança e a empatia de um vínculo seguro devem se tornar, na idade pré-escolar, crianças que interagem com segurança e habilidade com seus colegas. Em contrapartida, os bebês que

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou procedente o agravo em execução a fim de garantir o direito à visita da menor em estabelecimento prisional**. Agravo em Execução n. 70051468171. Agravado: Ministério Público. Agravante: Francieli da Silva Francisco. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 13 de março de 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/s9A9FY>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁸⁷ QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 114-119.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

não experimentaram um primeiro relacionamento bem sucedido e satisfatório tenderiam a encontrar problemas nas interações sociais quando atingissem a idade pré-escolar⁸⁹.

Sob o mesmo viés, Bowlby afirma que a criança insegura com relação ao amor materno é mais sujeita a interpretações errôneas dos acontecimentos, se comparada à criança segura e feliz nesse relacionamento, a qual se tornará um adulto menos angustiado⁹⁰. Outrossim, foi criado, recentemente, o Estatuto da Primeira Infância, que estabelece modificações ao deferimento de prisão domiciliar às presidiárias gestantes e mães com filhos pequenos, a fim de que o direito à convivência familiar do menor seja resguardado.

Nesse sentido, o estudo se encaminha para a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, para que seja possível mensurar e quantificar as circunstâncias em que prevalece o direito do menor à vivência familiar com sua mãe e família biológica.

⁸⁹ KAIL, R. V. **A criança**. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 180.

⁹⁰ BOWLBY, J. **Cuidados maternos e saúde mental**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

3 PRISÃO DOMICILIAR: A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DO MENOR NO PANAROMA JURISPRUDENCIAL

O presente capítulo se destina ao estudo das decisões judiciais do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concernentes à concessão de prisão domiciliar às mães e gestantes presidiárias em dois momentos: antes da vigência do Estatuto da Primeira Infância e após sua entrada em vigor. Primeiramente, será necessário elucidar o funcionamento do ato decisório do juiz, para, depois, especificadamente, realizar o estudo de caso sobre os acórdãos encontrados e verificar em quais hipóteses prevalecem o direito fundamental à convivência familiar e comunitária neste Estado.

3.1 DECISÃO JUDICIAL: RACIOCÍNIO POR MEIO DE CONSCIÊNCIA PARTICULAR OU DE COMPLETUDE E INTEGRIDADE DO DIREITO?

A partir da Constituição Federal de 1988, o rol de direitos e garantias fundamentais se tornou mais amplo, atribuindo ao Estado o dever de assegurá-los aos cidadãos. Ocorre que apenas a previsão constitucional não é suficiente, em alguns casos, à concretização de direitos, motivo pelo qual a via judicial é usada como alternativa.

No que diz respeito ao Estado Social e Democrático de Direito tornar efetivas suas diretrizes e princípios basilares por intermédio dos Juízes de Direito (crescente grau de judicialização), cabe referir que algumas de suas decisões são eivadas de vícios, decorrentes de ativismo judicial tupiniquim. Nesse prisma, Streck afirma que muitos magistrados estão decidindo conforme sua consciência e entendimento particular, o que à teoria crítica do direito é chamado de *poder discricionário*⁹¹.

A discricionariedade, por si só, é antidemocrática, pois o juiz toma as decisões conforme sua consciência e premissas pessoais, em vez de decidir de acordo com o que é esperado dele, em consonância com a completude e a integridade do direito. Nas palavras de Streck:

⁹¹ STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei”⁹².

Percebe-se, desse modo, que a atuação solipsista do juiz desvirtua a finalidade da lei, moldando-a as convicções e pré-julgamentos dele, pois, antes de compreender o direito e aplicá-lo – considerando toda a estrutura constitucional e democrática –, ele aplica o direito consoante suas premissas particulares e usa da lei e de princípios para fundamentar suas decisões.

Tendo em vista o caráter antidemocrático e inconstitucional dessas decisões, deve-se, pois, ser repensada a forma como atualmente se produz sentenças judiciais no Brasil. Ao encontro do exposto, Tassinari afirma que, apesar da aparência de juridicidade das decisões arbitrárias, elas acarretam a perda da autonomia do direito, visto que a fundamentação aplicada não é jurídica⁹³. São fatores externos como política, economia e moral, segundo a autora, que modificam as “escolhas judiciais”.

O ato de escolher e o ato de decidir não devem ser confundidos, pois, enquanto o primeiro se reduz à parcialidade e à arbitrariedade, o segundo se caracteriza pela compreensão acerca da integralidade e da completude do direito, fruto dos anseios sociais. De acordo com Streck⁹⁴:

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso, da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).

Constata-se, com esse fragmento, que a Interpretação do Direito carece de novos rumos. A permanência do solipsismo tupiniquim já não pode continuar sendo bem vista pela acadêmica e pelos operadores do direito. Faz-se necessário,

⁹² *Ibid.* p. 30.

⁹³ TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.150.

⁹⁴ STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

portanto, o estudo pautado na democracia e no respeito à Constituição, a fim de que a decisão jurídica seja estruturada e adequada, em conformidade com a aceção da comunidade política⁹⁵.

Conforme Mauro Cappelletti, a interpretação do direito está diretamente ligada à criação, isto é, o juiz atua como intérprete da lei, preenchendo suas lacunas e obscuridades. Por outro lado, cabe referir que essa compreensão da função do magistrado não pode ser confundida com arbitrariedade ou discricionariedade. Nas palavras do autor: “[...] o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. [...] procurou estabelecer certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”⁹⁶.

O intérprete jurídico, desse modo, deve compreender o direito como um todo e ter como norte interpretativo os princípios, as garantias e os direitos constitucionais. Nessas condições, reconhece-se a importância do estudo da hermenêutica, pois ela é, antes de tudo, processo de criação e compreensão do texto jurídico. Ferrajoli, nesse prisma, acredita no viés substancial da Constituição, que se desvincula do velho positivismo, a fim de promover uma interpretação mais condizente e coerente com o significado da Constituição. Nas palavras dele:

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez⁹⁷.

Na sequência, passa-se ao estudo de caso referente às decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que concerne à maternidade, à prisão preventiva e à prisão domiciliar, com fins de compreensão do posicionamento jurisprudencial gaúcho. Pois, no que diz respeito à garantia da ordem pública e da instrução criminal, como fundamentos da medida cautelar constritiva de liberdade, existe o direito à convivência familiar da criança e o direito à maternidade. Busca-se,

⁹⁵ STRECK, L. L. *loc. cit.*

⁹⁶ CAPPELLETI, M. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p.22.

⁹⁷ FERRAJOLI, L. **Derechos y Garantías la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 2010. p. 26.

pois, identificar os parâmetros adotados nesse estado, para que o direito da criança seja resguardado sem implicar a insegurança da sociedade.

3.2 PRISÃO DOMICILIAR E MATERNIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A partir de uma pesquisa de jurisprudência, realizada até o dia 11 de novembro de 2016, acerca do tema “prisão domiciliar à mãe presidiária” no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontradas treze jurisprudências atinentes ao assunto proposto. Dos treze acórdãos analisados, verificou-se que todos eles se tratavam de *habeas corpus*⁹⁸, que pedia a liberdade da paciente ou, alternativamente, a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Cumprir registrar que o *habeas corpus* se caracteriza por ser uma ação de conhecimento, arraigada à esfera processual constitucional, que tem natureza declaratória ou constitutiva⁹⁹. Como sujeitos da ação, têm-se o paciente, aquele que sofre o constrangimento ilegal; o coator, aquele que realiza o constrangimento, pautado no abuso de poder ou na ilegalidade; e o impetrante, aquele que requer o pedido de *habeas corpus*, podendo ele, inclusive, ser feito pelo próprio paciente.

Predominaram, no presente estudo, os delitos de tráfico de drogas e a associação para o tráfico, presentes em doze acórdãos. Apenas um acórdão versou sobre a prática do delito de homicídio simples. A política contra as drogas, no Brasil, é um assunto polêmico, à seu respeito muitos criminalistas acreditam que a descriminalização seria o ideal para o país, tendo em vista que a seara penal é destinada apenas como última medida, sendo, portanto, um problema a ser enfrentado por políticas públicas, direcionadas à saúde.

Outrossim, o ideal seria o Estado legalizar o uso das drogas no enfrentamento com as organizações criminosas, que lucram com o seu comércio ilegal. Conforme Friedman, em entrevista à *Folha de São Paulo*, a guerra contra as drogas, da forma como é tratada, apresenta-se ineficaz, pois não impede o consumo pelos usuários.

⁹⁸ O *habeas corpus* está previsto no inciso LXVIII, do quinto artigo da Constituição Federal, que dispõe: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

⁹⁹ BUSANA, D. **O *habeas corpus* no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

[...] o atual estado das coisas é uma desgraça social e econômica. Veja o que acontece todos os anos neste país: colocamos milhares de jovens na prisão, jovens que deveriam estar se preparando para o futuro, não sendo afastados da sociedade. Além disso, matamos milhares de pessoas todos os anos na América Latina, principalmente Colômbia, na tal “Guerra contra as Drogas”. Nós proibimos o uso das drogas, mas não podemos garantir que elas de fato não sejam consumidas. Isso só leva à corrupção, à violação de direitos civis¹⁰⁰.

Cabe referir que as mulheres começaram a praticar mais delitos à medida que obtiveram mais espaço no mercado de trabalho e tornaram-se as responsáveis pelo sustento dos filhos. Na maioria dos dozes acórdãos analisados, verificou-se que a defesa sustentou a tese da imprescindibilidade da genitora à criação e à alimentação das crianças.

Nesse prisma, Guilhermano corrobora com o exposto, referindo que: “[...] a maior liberdade aumentou a participação da mulher na esfera pública, trabalho, compras, bancos, etc., e isto poderia explicar algum dos aumentos na parcela feminina de crimes pequenos contra a propriedade, tais como furtos, [...]”¹⁰¹. Antes dessa participação mais ativa na esfera pública, especificadamente nos meados do século XI, as mulheres estavam envolvidas apenas com os delitos referentes à bruxaria e à prostituição¹⁰².

O envolvimento do sexo feminino com o tráfico ilícito de entorpecentes, muitas vezes, ocorre devido às influências de suas relações sociais e afetivas. Entre as situações mais frequentes, está o fato de o parceiro ser traficante ou a família estar envolvida com o tráfico. Como assevera Bassani, essas relações acarretam “[...] consequências criminalizantes para a mulher, seja pelo envolvimento nas atividades deixadas pelo companheiro na rua ou pela atuação como ‘mula’, transportando drogas e outros objetos ilegais para o interior das prisões”¹⁰³.

¹⁰⁰ DÁVILA, S. Entrevista com Milton Friedman. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200517.htm>> Acesso em: 31 out. 2016.

¹⁰¹ VIAFORE, D. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Direito & Justiça**, a. 27, v. 31, n. 2, p. 91-108, 2005 *apud* GUILHERMANO, T. F. **Fatores associados ao comportamento criminoso em mulheres cumprindo pena em regime fechado na penitenciária feminina Madre Pelletier**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito)—PUC-RS, Porto Alegre, 2000. p. 97. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/571/401.%20Acesso%20em%2014%20setembro%202011>> Acesso em: 02 nov. 2016.

¹⁰² AZAMBUJA, M. R. F. de. Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade. **Revista Gênero & Direito**, [S.l.], v. 1, p. 46-67, 2013.

¹⁰³ BASSANI. Amor bandido: cartografia da mulher no universo prisional masculino. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 261-280, abr./jun. 2011.

No Acórdão n. 70070350673¹⁰⁴, constatou-se essa realidade, em que J. M. G. exercia papel de menor importância na associação criminosa do que seu companheiro A. B. S. Nesse sentido, foi deferida a concessão de prisão domiciliar apenas para a mulher, porque ambos tinham um filho com tenra idade:

*HABEAS CORPUS. DELITO DE TÓXICOS (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06). PRISÃO PREVENTIVA. Constatou-se dos documentos digitalizados que a Polícia Civil/RS, por meio do Delegado de Polícia, Sr. Marcos Vinicius Muniz Veloso, após prévia investigação, denominada de "GARRAS DA LEI", representou pela prisão preventiva da paciente e de outros indiciados, bem como pela expedição de mandados de busca e apreensão. [...] **Verifica-se, então, que aparentemente, Janaína Machado Garcia tinha uma participação de menor importância na suposta organização criminosa, diferentemente do que se percebe em relação ao seu companheiro - Anderson Borges dos Santos. Além disso, no caso em tela, restou comprovado que os pacientes possuem uma filha de apenas dois anos e oito meses de idade, sendo presumível a necessidade dos cuidados de sua mãe. Assim, diante das circunstâncias do caso concreto e em observância do princípio da proteção integral da criança, entendo possível a concessão em parte da liminar, para o fim de substituir a prisão preventiva de Janaína por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal.** Diante do exposto em relação à paciente Janaína Machado Garcia, substituindo a prisão preventiva por prisão domiciliar, mediante o cumprimento das seguintes condições: (a) não se ausentar da residência sem prévia autorização judicial; e, (b) comparecimento a todos os atos processuais. Oficie-se à autoridade apontada como coatora, comunicando-lhe a concessão da liminar acima, solicitando-lhe que expeça o competente alvará de soltura em favor de Janaína Machado Garcia, se por "AL" não estiver presa, bem como colha o seu compromisso referente às condições impostas, advertindo-a, ainda, das conseqüências advindas de seu descumprimento. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL RELATIVAMENTE AO PACIENTE ANDERSON. ORDEM DENEGADA, QUANTO A ANDERSON E CONCEDIDA EM PARTE, NO QUE SE REFERE À PACIENTE JANAÍNA, SENDO RATIFICADA A LIMINAR DANTES DEFERIDA (grifo nosso).*

Prevaleceu, nesse caso, o interesse pelo menor de conviver com sua mãe até o trâmite processual e a condenação ou a absolvição futura, pois, caso contrário, acarretaria dupla punição à criança, já que “são diretamente atingidos pela privação de liberdade de suas genitoras, estando sujeitos a passarem vários anos sem visitá-

Disponível em: <http://www.lapsus.com.br/wp-content/uploads/2014/02/1327494176_Amor-bandido-Cartografia-da-Mulher-no-Universo-Prisional-Masculino-Fernanda-Bassini-Dilemas.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS (2. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou procedente em parte o pedido de liberdade ou alternativamente de prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318 do Código de Processo Penal, sendo deferida a prisão domiciliar apenas à paciente que é mãe de criança com pequena idade.** *Habeas Corpus* n. 70070350673. Impetrante: Salete Terezinha Canelo. Pacientes: Janina Machado Garcia e Anderson Borges dos Santos. Coator: Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Soledade. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 11 de agosto de 2016. Disponível em: <goo.gl/6kiVAv>. Acesso em: 28 out. 2016.

las”¹⁰⁵. Outro direito do menor atingido pela privação é o direito à convivência familiar e comunitária, que está implicitamente ligado ao princípio da dignidade humana. Assim, reconhece-se que crianças e adolescentes são detentores de direitos, pois, conforme Conceição Jr. e Ferreira Pes:

A formulação do princípio de que o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca sendo legítima a sua recondução a simples meio, envolve que a humanidade seja, ela própria, uma dignidade: ser tratado como um fim é a raiz da dignidade do homem. E a dignidade é um “valor interno absoluto” de cada homem: é na dignidade que se fundamenta o respeito que lhe devem todos os restantes seres racionais do mundo¹⁰⁶.

Em outro julgado, no Acórdão n. 70071195341¹⁰⁷, é nítida a influência familiar como catalizadora à criminalidade. T. P. T. foi presa preventivamente por estar envolvida nos delitos previstos nos artigos 33 e 35, da Lei de Drogas, porque foi comprovado, a partir de investigações anteriores e de prova testemunhal, que a residência de sua família era ponto de comércio de drogas. Em função disso, foi denegada a ordem impetrada, pedindo sua liberdade ou, alternativamente, sua prisão domiciliar em observância ao inciso V, do artigo 318, do Código de Processo Penal.

Ademais, verifica-se que “as mães, que são as principais guardiãs das crianças em nossa sociedade, quando presas, são atingidas por imagens negativas e estigmatizadas, ferindo o mito da ‘boa mãe’”¹⁰⁸. Essa leitura, também pode ser vislumbrada a partir do Acórdão n. 70070298815¹⁰⁹, em que A. S. M. foi presa

¹⁰⁵ AZAMBUJA, M. R. F. de. Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade. *Revista Gênero & Direito*, [S.l.], v. 1, p. 46-67, 2013. p. 54.

¹⁰⁶ PES, J. H. F.; CONCEIÇÃO, H. S. de. (Coords.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 27.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada em habeas corpus, tendo em vista que se tratava de forte organização criminosa destinada ao tráfico de drogas, tendo como ponto principal a própria residência.** *Habeas Corpus* n. 70071195341. Impetrante: Ionei Fontoura Pereira. Paciente: Thamires Pires Teixeira. Coator: Juiz de Direito da 1. Vara Judicial de Caçapava do Sul. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 13 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/68HN6V>>. Acesso em: 28 out. 2016.

¹⁰⁸ STELLA, C. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE, 2006. p.16.

¹⁰⁹ **Ementa: HABEAS CORPUS. DELITO DE TÓXICOS (ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06).** [...] Com relação à aventada necessidade da substituição do decreto preventivo por prisão domiciliar, cumpre trazer à baila a atual redação do artigo 318 do Código de Processo Penal, [...] que o verbo “poderá”, previsto no caput do artigo 318 do Código de Processo Penal não pode ser lido como “dever” do juiz determinar a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar quando presente uma de suas hipóteses. No caso, embora com 09 (nove) anos de idade, utilize, em tese, medicamento antidepressivo de forma contínua, não restou comprovado que a soltura da paciente é imprescindível para os seus cuidados, bem como inexistir pessoa da família capaz de cuidar do menor. Outrossim,

preventivamente pelo delito de tráfico de drogas, pois fundamentaram a decisão inferindo que a paciente, por praticar o comércio de entorpecentes na própria residência, não era o exemplo ideal ao filho nem tampouco era necessária para os cuidados do mesmo.

As decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possuem fundamentações semelhantes, pois se verificou que em todas elas foram realizadas ponderações referentes a outros fatores como reincidência, lesividade da conduta e o grau de participação da acusada no delito. Ademais, constatou-se que, após a publicação do Estatuto da Primeira Infância, algumas decisões foram favoráveis à prisão domiciliar, retomando o artigo 318, incisos VI e V, do Código de Processo Penal, e o artigo 227, da Constituição Federal, que retrata o princípio da proteção integral absoluta às crianças e aos adolescentes.

Insta ressaltar, ainda, que a Carta Magna Brasileira prioriza o atendimento especial à classe infanto-juvenil, por ser está uma fase de constante formação, em que necessita-se, muitas vezes, de cuidados especiais e de mais atenção, seja por parte da família, da comunidade ou do governo. Com o Estatuto da Primeira Infância, aparecem novas diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública, no que concerne às políticas públicas direcionadas às crianças, e pelo Poder Judiciário, no que tange às suas decisões envolvendo menores de idade, que, em tese, são prejudicados pela privação de liberdade dos pais.

da leitura do Boletim Escolar do infante V.G.V., confeccionado em 23MAI2016, ou seja, após a prisão da paciente, ocorrida em 24JAN2016, depreende-se que o menor está freqüentando regularmente a Escola e apresenta um comportamento compatível com o de uma criança de sua idade. Importante registrar, ainda, a conduta da paciente no momento em que foi efetuada a prisão. Com efeito, a Policial Militar Goreti dos Santos, ouvida em juízo, declarou que "[...] Durante o deslocamento, a ré induziu seu filho a agredir a depoente, sendo que os três estavam no banco de trás, estando a acusada no meio. Na oportunidade, a ré incitava a criança, dizendo bate nela, bate nela, tendo o menor vindo em sua direção e lhe desferido socos. Nesse meio tempo, a acusada tirou suas algemas e retirou do ânus um invólucro plástico, momento em que a depoente agarrou da mão da acusada e pegou o objeto, que continha maconha. Nesse momento, gritou para sua colega parar a viatura, a fim de tentar conter as agressões do menor contra si, tendo a ré ordenado que seu filho saísse da viatura para que pudessem fugir" (trecho retirado da r. sentença, disponível no site do Poder Judiciário - destaquei). No mesmo sentido foram as agente pública Daiane Leivas Barboza. Tal conduta, por certo, não é compatível com o de uma mãe preocupada com o desenvolvimento saudável do seu filho. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada, no sentido de concessão de liberdade à paciente ou à prisão domiciliar em decorrência de filho adolescente depressivo.** *Habeas Corpus* n. 70070298815. Impetrante: Mariana Fernandes da Silva. Paciente: Adriana Sefrin Gimenes. Coator: Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal de Charqueadas. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 28 de julho de 2016. Disponível em: <goo.gl/mPWRz6>. Acesso em: 15 out. 2016).

O objetivo principal, portanto, do acréscimo dos incisos IV e V ao artigo 318, do Código de Processo Penal é atender às especificidades das crianças, isto é, permitir que elas convivam com sua genitora até o decurso processual e provável condenação, sendo a prisão preventiva usada apenas como última alternativa. Nesse prisma, ao retratar a execução provisória, Branco refere que:

[...] todo castigo antecipado é revoltante e atenta contra a dignidade da pessoa humana. É deletério porque retira da sanção a sua eventual expressão pedagógica, transformando-a, apenas, em martírio. O Estado há de encontrar outras formas de impor-se, podendo tanto ampliar o alcance da liberdade provisória, com aumento adequado de exigências e de condições, quanto aplicar a liberdade vigiada e a prisão domiciliar, com mais liberdade. Não se trata de sonho[,] mas de necessidade racional e humana da própria segurança do Estado como entidade cultural¹¹⁰.

Percebeu-se também que a concessão do benefício pelo Tribunal de Justiça gaúcho passa pelo crivo da imprescindibilidade da mãe aos cuidados do filho. Ou, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Penal, “Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”¹¹¹.

Assim, faz-se necessária a comprovação de essencialidade da mãe à criação, bem como a inexistência de familiar próximo com condições de cuidar da criança. Segundo Nucci¹¹², o vínculo entre mãe e criança não se demonstra simplesmente com a certidão de nascimento, mas também com a necessidade de tutela.

Ademais, o autor salienta que a prisão domiciliar não pode ser usada como anteparo à criminalidade nem tampouco ser vulgarizada e descreditada perante a sociedade brasileira. Considerando que sua concessão se classifica como faculdade do juiz, não se trata de discricionariedade e mera vontade do intérprete, mas da solução de um caso concreto, em que são analisadas as hipóteses permissivas, previstas no artigo 312, do Código de Processo Penal, à medida constrictiva de liberdade.

No que se refere ao conceito de prova, insta mencionar que ele se caracteriza por “[...] esclarecer e demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação

¹¹⁰ CASTELO BRANCO, T. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação jurisprudência, postulações em casos concretos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 06.

¹¹¹ BRASIL. Decreto de Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. In:_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹¹² NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

jurídica, tornando-os sobranceiros e indenes a qualquer dúvida, fazendo-os certos e determinados quanto à sua existência”¹¹³. Ademais, esse conceito se relaciona com o direito ao contraditório e com o princípio da presunção de inocência.

No processo de n. 7005654107¹¹⁴, julgado em 2013, foi acostado aos autos um ofício elaborado pelo Conselho Tutelar, informando que a avó materna, mãe da paciente, não teria condições aos cuidados dos netos, pois precisaria exercer atividade laborativa, com fins de sustento da família. Apesar dessa prova demonstrando a imprescindibilidade da genitora aos cuidados de seus filhos, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Gaúcho, por unanimidade, compreendeu que, neste caso, a prisão preventiva estava bem fundamentada, em respeito à ordem pública, tendo em vista a vasta prova de materialidade da conduta delitiva, comprovada através de escutas e depoimentos de testemunhas.

Percebe-se que o direito à convivência familiar e comunitária da criança e o direito à maternidade da mãe presidiária, nesse caso, foram restringidos pelos intérpretes do direito, prevalecendo a ordem pública e a garantia da instrução criminal. Por outro lado, no processo de n. 70069861714¹¹⁵, julgado em 2016,

¹¹³ PEDROSO, F. de A. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

¹¹⁴ **Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE.** 1. Paciente presa em flagrante pela prática, em tese, dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico. A impetrante alega que a paciente preenche os requisitos necessários à concessão de prisão domiciliar. Sustenta que a paciente possui dois filhos pequenos, sendo que um deles possui 03 anos de idade e residia com a mãe, dependendo exclusivamente dela para seu sustento e demais cuidados. Ressalta que a paciente é primária e entende que não há justa causa para a manutenção da prisão preventiva. 2. Não restou comprovada a imprescindibilidade da paciente aos cuidados dos filhos. Infantes que recebem os cuidados das avós. Não preenchimento das condições exigidas pelo art. 318 do CPP para a concessão de prisão domiciliar. 3. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada, por meio de habeas corpus, prisão preventiva mantida.** *Habeas Corpus* n. 70056541071. Impetrante: Ana Emilia Franke. Paciente: Ingrid Cunha da Silva. Coator: Dr. Juiz de Direito da Segunda Vara Criminal de Cruz Alta. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 30 de outubro de 2013. Disponível em: <goo.gl/mFE0Lk>. Acesso em: 15 out. 2016).

¹¹⁵ **Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIBERDADE CONCEDIDA.** Paciente primária, presa em 11 de maio de 2016, na posse, em tese, de 1,240kg de maconha. Paciente que é mãe de um menino de 6 anos de idade, além de ser curadora legal de uma senhora acamada, situações que ensejariam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal. Paciente que é absolutamente primária, não respondendo a qualquer outro processo, o que torna desarrazoada e desproporcional a manutenção da prisão preventiva, sobretudo em virtude da possibilidade de que, em caso de eventual condenação, lhe seja imposto regime diverso do fechado. Delito cometido sem violência. Efetiva necessidade da medida extrema e sempre excepcional da prisão preventiva que não restou suficientemente justificada. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3. Câmara Criminal). **Acórdão que converteu a prisão preventiva em prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318 do Código de Processo Penal.** *Habeas Corpus* nº

verificou-se que, embora não foram acostadas aos autos provas, demonstrando a imprescindibilidade da genitora aos cuidados dos filhos, essa condição foi presumida, levando-se em consideração outras circunstâncias, como a primariedade, bons antecedentes, a lesividade do delito praticado e a publicação do Estatuto da Primeira Infância.

Como no aludido processo, a presa preventiva era primária, tinha bons antecedentes, bem como a droga que traficava era apenas maconha – que, segundo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, possui grau de lesividade menor, se comparado a outros entorpecentes –, a prisão domiciliar foi concedida em respeito à proteção integral e ao direito à convivência familiar e comunitária da criança.

Porém, cabe ressaltar que a existência de condições favoráveis, por si só, não garante o deferimento do benefício. Em alguns casos, prevalece o entendimento de que a prisão preventiva deve ser mantida sem configuração de afronta ao princípio da presunção de inocência. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mantém a medida cautelar, quando verificada a reincidência criminal juntamente com farta prova de materialidade e indícios de autoria.

Assim, o ato de decidir é fruto das convicções dos juízes, formadas através do lastro probatório construído durante o processo pelas partes. Gomes Filho afirma que a decisão judicial advém da operação intelectual do juiz, permitindo-o selecionar, criticar, aceitar ou refutar certo argumento. Essa atividade se constitui como valoração das provas no processo penal, pressupondo “[...] uma liberdade *racionalizada* exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas”¹¹⁶.

Em suma, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decide conforme a completude do direito no caso concreto. Sua decisão, portanto, depende, no que tange à prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, não apenas da incidência legal favorável ao benefício da concessão da prisão familiar, mas também de outros fatores, como a reincidência criminal, a lesividade do delito e a garantia da ordem pública e da instrução criminal.

70069861714. Impetrante: Paulo de Tarso Dalla Costa. Paciente: Flavia Rodrigues Piazza. Coator: Juiz da Quinta Vara Criminal de Porto Alegre. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 29 de junho de 2016. Disponível em: <goo.gl/j0UbgC>. Acesso em: 28 out. 2016).

¹¹⁶ GOMES FILHO, A. M.. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 161-162.

Com relação à prisão domiciliar prevista no artigo 117, da Lei de Execução Penal, realizou-se buscas no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, até o dia 17 de novembro de 2016, procurando por essa espécie de prisão domiciliar, mas a pesquisa restou-se infrutífera. Nessas circunstâncias, a pesquisa realizada não pôde aprofundar e dialogar a temática, em virtude da inexistência jurisprudencial em relação a tal espécie de prisão domiciliar.

Diante do exposto, a concessão da prisão domiciliar à mãe presidiária pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é recente e moderada. De outro lado, o aludido Tribunal cumpriu, nos acórdãos analisados, os requisitos previstos, pois analisa tanto os critérios de ordem subjetiva – garantia à ordem pública e à instrução criminal – e de ordem objetiva – presa gestante ou com filho menor de doze anos de idade.

A diferença consiste nas circunstâncias individuais de cada caso, sendo que em alguns prevaleceu o direito à convivência familiar, já em outros à segurança pública. Assim, o supracitado Tribunal contribuiu em partes à efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor, tendo em vista que as decisões que mantiveram a prisão preventiva não levaram em consideração a situação vulnerável da criança, mas sim critérios meramente subjetivos e questionáveis.

CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou construir um panorama jurisprudencial do Tribunal de Justiça gaúcho referente à concessão de prisão domiciliar à mãe presidiária, prevista no Código de Processo Penal (presa preventiva) e na Lei de Execução Penal (presa com sentença transitada em julgado), sob o viés do direito fundamental à convivência familiar e comunitária da classe infanto-juvenil. Teve como propósito uma contribuição à sociedade e aos estudos sobre o tema enquanto trabalho monográfico, que tentou repensar as formas de punição no Brasil, uma vez que é inegável a falência dos seus institutos penitenciários.

Os efeitos do cárcere ultrapassam a pessoa condenada, tornando a criança filha de mãe presidiária refém de um sistema, que viola os direitos e segrega classes. Assim, apenas a partir de uma análise crítica, tendo como cerne o garantismo penal, poder-se-á mudar a situação de vulnerabilidade social, em respeito ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária e ao princípio da proteção integral absoluta.

Nesse senda, este estudo pretendeu compreender a completude e a complexidade do direito. O ato decisório do intérprete jurídico deve estar em consonância com todo o aparato legal brasileiro, isto é, seguir uma linha de raciocínio e de coerência, para que não haja discricionariedade. Ressalta-se, novamente, que o juiz não escolhe conforme sua consciência, mas decide a partir da compreensão do direito.

A pesquisa acerca da prisão domiciliar provisória, realizada até o dia 11 de novembro de 2016, resultou em treze acórdãos. Já a pesquisa direcionada à prisão domiciliar executória, realizada até o dia 17 de novembro do mesmo ano, não encontrou jurisprudências sobre o tema proposto.

No que tange ao entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, verificou-se que, a partir da publicação do Estatuto da Primeira Infância, – que modificou o artigo 318 do Código de Processo Penal, acrescentando dois incisos referentes à concessão de prisão domiciliar à gestante e à mãe presidiária –, os acórdãos sofreram modificações nas suas fundamentações. Em alguns deles, a imprescindibilidade da genitora aos cuidados do filho foi presumida, tendo em vista as demais circunstâncias favoráveis à paciente como a primariedade, bons antecedentes, e a menor lesividade da conduta delitiva. Já, em outros casos,

levando em consideração a reincidência específica e o lastro probatório referente à materialidade e à autoria, a prisão preventiva acabou sendo mantida.

Constatou-se que os requisitos legais à concessão da prisão domiciliar foram analisados pelos Doutos Desembargadores gaúchos levando em consideração as particularidades de cada caso. Assim, os requisitos legais foram cumpridos. Criticou-se apenas a aparente legalidade das decisões contrárias à concessão, pois se questiona até que ponto deve prevalecer a medida constritiva de liberdade em detrimento da presunção de inocência e da efetivação plena ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor.

Assim, percebe-se que o Estatuto da Primeira Infância é uma conquista aos direitos das crianças, pois, em que pese a existência anterior de previsão normativa, desde 1998, na Constituição Federal, e 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, faltavam diretrizes à concretização dos direitos aludidos. Em especial, às crianças filhas do cárcere, que são mais vulneráveis socialmente em decorrência da privação de liberdade dos pais, faltando-lhes, muitas vezes, a convivência familiar e a atenção especial do Estado na formulação de políticas públicas.

Dessa forma, mostra-se imprescindível estudar o direito fundamental à convivência familiar entre mãe e filho, pois é na infância que o ser humano desenvolve sua identidade, seja no momento da amamentação, no primeiro caminhar ou na demonstração de carinho e afeto por um ente querido. Além disso, é necessário estudar como ele é exercido em sede de execução penal ou nos casos de prisão domiciliar.

Esta monografia pretendeu englobar e reiterar um enfoque imprescindível, em relação à criança filha do cárcere e à mãe presidiária, demonstrando a necessidade de questionar as contradições existentes em nosso sistema prisional. Almejou-se, assim, verificar a realidade das presas preventivas gestantes e mães no Rio Grande do Sul, a fim de que suas dificuldades ao exercício do poder familiar sejam do conhecimento de todos.

E, a partir dessas considerações, sejam (re)pensadas as políticas públicas criminais direcionadas ao gênero feminino, bem como a necessidade de se firmarem posicionamentos futuros em prol do direito fundamental à convivência familiar e comunitária do menor e da concessão à prisão domiciliar aos crimes de menor lesividade. Assim, a prisão preventiva passaria a ser utilizada apenas

em últimas hipóteses, priorizando-se a presunção de inocência e o exercício das relações afetivas familiares.

REFERÊNCIAS

ABREU, C. N. de. **Fundamentos, pesquisas e implicações clínicas**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

ANGHER, A. J. (Org.). Código de Processo Penal. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel** 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 409-452.

_____. Exposição de motivos 213, de 9 de maio de 1983. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 1003-1012.

_____. Lei n. 7.210/1984. In:_____. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Riddel**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016. p. 1012-1024.

AZAMBUJA, M. R. F. de. Os bebês filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade. **Revista Gênero & Direito**, [S.l.], v. 1, p. 46-67, 2013.

BASSANI. Amor bandido: cartografia da mulher no universo prisional masculino. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 261-280, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.lapsus.com.br/wp-content/uploads/2014/02/1327494176_Amor-bandido-Cartografia-da-Mulher-no-Universo-Prisional-Masculino-Fernanda-Bassini-Dilemas.pdf>. Acesso em: 7 set. 2016.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOTTINI, P. C. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, [S.l.], v. 36, p. 387-404, 2008. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30758.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2016.

BOWLBY, J. **Cuidados maternos e saúde mental**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que reconheceu o dever legal da Administração Pública Municipal de amparar a criança e a adolescente vítima de violência ou exploração sexual, não podendo, pois, se eximir de sua responsabilidade prevista no artigo 227 da Constituição**. Recurso Extraordinário nº 482.611. Relator: Celso de Mello. Recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido Município de Florianópolis. Brasília, 23 de março de 2010.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28482611%2E%2E+OU+482611%2EDMS%2E%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Aplicação das Súmulas no STF**. Última atualização em: 28 set. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

_____. Constituição (1988). Título VIII. Capítulo VII: Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Art. 227. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2029>>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Decreto de Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. In:_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. In:_____. **Estatuto da Primeira Infância**. Dispõe sobre políticas públicas na primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Lei n. 5.256, de 6 de abril de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada, por meio de *habeas corpus*, prisão preventiva mantida**. *Habeas Corpus* n. 70056541071. Impetrante: Ana Emilia Franke. Paciente: Ingrid Cunha da Silva. Coator: Dr. Juiz de Direito da Segunda

Vara Criminal de Cruz Alta. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 30 de outubro de 2013. Disponível em: <goo.gl/mFE0Lk>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada, no sentido de concessão de liberdade à paciente ou à prisão domiciliar em decorrência de filho adolescente depressivo.** *Habeas Corpus* n. 70070298815. Impetrante: Mariana Fernandes da Silva. Paciente: Adriana Sefrin Gimenes. Coator: Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal de Charqueadas. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 28 de julho de 2016. Disponível em: <goo.gl/mPWRz6>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Acórdão que denegou a ordem impetrada em habeas corpus, tendo em vista que se tratava de forte organização criminosa destinada ao tráfico de drogas, tendo como ponto principal a própria residência.** *Habeas Corpus* n. 70071195341. Impetrante: Ionei Fontoura Pereira. Paciente: Thamires Pires Teixeira. Coator: Juiz de Direito da Primeira Vara Judicial de Caçapava do Sul. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 13 de outubro de 2016. Disponível em: <goo.gl/LKdrA4>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou procedente em parte o pedido de liberdade ou alternativamente de prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318 do Código de Processo Penal, sendo deferida a prisão domiciliar apenas à paciente que é mãe de criança com pequena idade.** *Habeas Corpus* n. 70070350673. Impetrante: Salete Terezinha Canelo. Pacientes: Janina Machado Garcia e Anderson Borges dos Santos. Coator: Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Soledade. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 11 de agosto de 2016. Disponível em: <goo.gl/6kiVAv>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3. Câmara Criminal). **Acórdão que converteu a prisão preventiva em prisão domiciliar, com fulcro no artigo 318 do Código de Processo Penal.** *Habeas Corpus* n. 70069861714. Impetrante: Paulo de Tarso Dalla Costa. Paciente: Flavia Rodrigues Piazza. Coator: Juiz da Quinta Vara Criminal de Porto Alegre. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 29 de junho de 2016. Disponível em: <goo.gl/j0UbgC>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou improcedente o recurso do Ministério Público. Mantido o direito à visitação de filho menor à presidiária.** Correição Parcial n. 70043933860. Requerente: Ministério Público. Ré: Franciane Carvalho Oliveira. Réu: Dionatas Pinheiro Betim. Relator: Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, 11 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/ObRBfT>>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Acórdão que destitui o poder familiar, tendo em vista o histórico de drogadição dos pais, inserindo a criança em família substituta.** Apelação cível n. 70069707503. Apelantes: S. O. R. e L. D. Q. Apelado: Ministério Público. Relator: Juiz Ricardo

Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 7 de julho de 2016. Disponível em: <goo.gl/GQy3gn>. Acesso em: 4 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Acórdão que julgou procedente o agravo em execução a fim de garantir o direito à visitação da menor em estabelecimento prisional**. Agravo em Execução n. 70051468171. Agravado: Ministério Público. Agravante: Francieli da Silva Francisco. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 13 de março de 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/s9A9FY>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BUDÓ, M. D. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. **UNirevista**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 1-14, jul. 2006.

BUSANA, D. **O habeas corpus no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPPELETTI, M. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, M. C. V. As assistências previstas na Lei de Execução Penal: uma tentativa de inclusão social do apenado. **SER Social**, Brasília, v. 11, n. 24, p. 106-428, jan/jun. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/viewFile/174/186> Acesso em: 24 set. 2016

CASTELO BRANCO, T. **Da prisão em flagrante: doutrina, legislação jurisprudência, postulações em casos concretos**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

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**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

COUTINHO, J. N. de M. "A Crise da Segurança Pública no Brasil". In: BONATO, G.; et al. (Coords.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 181-186.

DALLARI, D. de A. "Art. 4º Garantia de prioridade". In: CURY, M.; et al. (Coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21-28.

DÁVILA, S. Entrevista com Milton Friedman. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200517.htm>>. Acesso em: 31 out. 2016.

DIGIÁCOMO, M. J. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

FERRAJOLI, L. **Derechos y Garantias la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2010 .

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: O Nascimento das Prisões**. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

G1. TJ lança ação para amparar filhos de mães que estão presas em Goiás.

Atualizado em: 16 out. 2015. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/10/tj-lanca-acao-para-amparar-filhos-de-maes-que-estao-presas-em-goias.html>>. Acesso em: 29 set. 2016.

GIL, A. C. **Estudo de caso**. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, L. F. **Lei de Execução Penal. Lei Nº 7210/1984**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, C. R. Direito de família. In:_____. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24 *apud* PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

IBDFAM. **STF garante prisão domiciliar a mãe de criança de três meses**. [S.l.]:

Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2016. Disponível em:

<<https://goo.gl/xwzAeR>>. Acesso em: 1º set. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

JULIÃO, E. F. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Educação**, v. 15, n. 45, p. 529-596, set./dez. 2010.

KAIL, R. V. **A criança**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LIMA, G. M. B.; PEREIRA NETO, A. F.; AMARANTE, P. D. C.; DIAS, M. D.; FERREIRA FILHA, M. O. Mulheres no cárcere: significados e práticas cotidianas de enfrentamento com ênfase na resiliência. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 446-456, jul./set. 2013 *apud* FROMM, E. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. 9. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

LOPES JR, A. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2015.

MARCÍLIO, M. L. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP**, São Paulo, v. 37, p. 46-57, mar./maio 1988.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [S.l.]: Infopen Mulheres, jun. 2014.

MIRABETE, J. F. **Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-84.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOLINA, A. P. G. de. **Criminologia: Uma Introdução aos seus Fundamentos Teóricos.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional.** 27. ed. São Paulo : Atlas, 2011.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito.** 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado.** 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo e execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEDROSO, F. de A. **Prova penal: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PES, J. H. F.; CONCEIÇÃO, H. S. de. (Coords.). **Direitos humanos: crianças e adolescentes.** Curitiba: Juruá, 2010.

PIMENTA, P. R. L. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, p. 11, jan./mar. 2012. Disponível em: <goo.gl/MJ9g1y>. Acesso em: 16 set. 2016.

QUEIROZ, N. **Presos que menstruam.** 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, M. M. da.; VERONESE, J. R. P. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1998.

STELLA, C. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos.** São Paulo: LCTE, 2006.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Plano de Projeto Amparando Filhos**. Disponível em: <<https://goo.gl/L7vCxx>> Acesso em: 28 set. 2016.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Direito & Justiça**, a. 27, v. 31, n. 2, p. 91-108, 2005 *apud* GUILHERMANO, T. F. **Fatores associados ao comportamento criminoso em mulheres cumprindo pena em regime fechado na penitenciária feminina Madre Pelletier**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito)—PUC-RS, Porto Alegre, 2000. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/571/401.%20Acesso%20em%202014%20setembro%202011>> Acesso em: 2 nov. 2016.

DEZEM, G. M. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.