

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAELA COSTA E SILVA OLIVEIRA

**PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA GARANTIDORA DOS DIREITOS DAS
CRIANÇAS QUE ESTÃO NO CÁRCERE COM SUAS MÃES**

**BRASÍLIA,
JUNHO 2017**

RAFAELA COSTA E SILVA OLIVEIRA

**PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA GARANTIDORA DOS DIREITOS DAS
CRIANÇAS QUE ESTÃO NO CÁRCERE COM SUAS MÃES**

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Esp. Cristiane Damasceno Leite Vieira

**BRASÍLIA
JUNHO 2017**

RAFAELA COSTA E SILVA OLIVEIRA

**PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA GARANTIDORA DOS DIREITOS DAS
CRIANÇAS QUE ESTÃO NO CÁRCERE COM SUAS MÃES**

Trabalho de monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília/DF, 19 de junho de 2017.

Prof. Esp. Cristiane Damasceno Leite Vieira
Professora Orientadora

Prof. Dra. Soraia da Rosa Mendes
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dra. Júlia Maurmann Ximenes
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me sustentou durante essa longa trajetória, sem deixar com que eu fraquejasse.

Aos meus pais, Zélia e Bené, que dedicaram todo seu amor a mim, que me moldaram, que me fizeram chegar ao cume.

Aos meus irmãos, Israel e Rakel, que sempre me incentivaram e nunca me deixaram desistir.

Aos tantos tios e primos que tenho, que nos momentos difíceis me fizeram rir e agradecer por tê-los como familiares.

À minha amada orientadora, Cristiane Damasceno, que, acima de tudo, foi companheira. Obrigada por toda sua disposição, e por seu amor pela docência.

Aos meus amigos de faculdade, Izabella e Bruno, que tornaram essa jornada muito mais alegre.

À Defensoria Pública do Distrito Federal, que me deu a oportunidade de colaborar com sua atividade de assistência ao mais necessitado. Tudo isso deu um norte à minha vida profissional.

A todos aqueles que estiverem envolvidos nesse processo, obrigada por todo apoio.

“A vida me ensinou a nunca desistir, nem ganhar, nem perder, mas procurar evoluir”.

Charlie Brown Jr.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a viabilidade de adoção da prisão domiciliar como medida garantidora dos direitos das crianças que estão no cárcere com suas mães, levando em consideração a falta de estrutura dos presídios brasileiros. No decorrer da pesquisa será analisado os fundamentos jurídicos que viabilizem adoção dessa medida, sempre com vistas à proteção integral dos direitos do menor, assim como seu sadio desenvolvimento. Destaca-se que esta proteção integral e absoluta deve nortear o legislador brasileiro na formulação de políticas públicas voltados ao público infantil, pois toda criança apresenta vulnerabilidade às ingerências dos adultos, por sua peculiar condição de ser em desenvolvimento. Para tanto, a metodologia utilizada foi de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como da legislação existente acerca do tema, a fim de se demonstrar o alegado.

Palavras-chaves: Prisão Domiciliar; Direitos das Crianças; Crianças encarceradas.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la viabilidad de la adopción del arresto domiciliario como medida garantizadora de los derechos de los niños que están en la cárcel con sus madres, teniendo en cuenta la falta de estructura de los presidios brasileños. En el curso de la investigación se analizarán los fundamentos jurídicos que viabilicen la adopción de esta medida, siempre con miras a la protección integral de los derechos del menor, así como su sano desarrollo. Se destaca que esta protección integral y absoluta debe orientar al legislador brasileño en la formulación de políticas públicas dirigidas al público infantil, pues todo niño presenta vulnerabilidad a las ingerencias de los adultos, por su peculiar condición de ser en desarrollo. Para ello, la metodología utilizada fue de investigación doctrinal y jurisprudencial, así como de la legislación existente sobre el tema, a fin de demostrar lo alegado.

Palavras claves: Arresto Domiciliar; Derecho de los niños; Niños encarcelados.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

LEP – Lei de Execução Penal

PNAMPE – Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO	14
1.1 Da prisão em flagrante	14
1.2 Da prisão preventiva.....	17
1.3 Da prisão para fins de execução da pena.....	18
1.4 Da prisão domiciliar	19
2 DO DIREITO DAS CRIANÇAS.....	23
2.1 Breve histórico do direito das crianças.....	23
2.2 Do princípio da proteção integral	25
2.3 Do princípio da prioridade absoluta	26
2.4 Do princípio do melhor interesse da criança	28
2.5 Do princípio da prevenção geral e da prevenção especial.....	29
2.6 Demais princípios regentes do direito da criança.....	30
2.7 Do marco legal da primeira infância - lei nº 13.257/16.....	31
3 DA PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA NASCIDA NO CÁRCERE.....	33
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

O Estado, na manifestação do seu poder punitivo, utiliza-se do encarceramento como forma de punição àquele que cometeu ilícito, e tem por objetivo a ressocialização do indivíduo, para que possa voltar a viver em sociedade.

A punição da prática de ilícito cometido por mulher toma diferentes feições, pois sempre foi vista como um indivíduo voltado aos cuidados familiares. Ademais, o fato da mulher exercer um papel coadjuvante ao papel masculino fez com que sempre fosse vista em segundo plano, inclusive no que diz respeito aos modos de encarceramento, bem como aos estabelecimentos prisionais, que foram pensados por homens e para homens.

Toda essa invisibilidade da mulher culmina na falta de prisões adequadas à especificidade feminina, principalmente quanto à maternidade e todas situações desta decorrente, o que reflete diretamente no acolhimento da criança ao cárcere, sem que tenha estrutura adequada para recebe-la.

O crescente envolvimento da mulher no mundo do crime traz consequências para a criança, pois muitas vezes é levada para dentro do sistema prisional, a fim de que não se rompa de forma abrupta o vínculo mãe-filho, isto quando não é separada de sua genitora.

Esta situação retratada traz consigo a reflexão acerca da introdução da criança no cárcere em razão de ilícito praticado por sua genitora, trazendo também o incômodo quanto às condições precárias que o sistema prisional brasileiro apresenta, pois sabe-se que tais estabelecimentos não apresentam estrutura adequada aos adultos, quem dirá às crianças.

Nesta seara, o legislador brasileiro previu a possibilidade da mãe ir à prisão domiciliar por razão de seu filho, a fim de que os direitos deste não sejam violados em sua totalidade.

Essa escolha legislativa constitui-se como objeto do presente trabalho, ou seja, explanar-se-á sobre a prisão domiciliar enquanto medida garantidora da criança que outrora esteve em cárcere.

Portanto, todas as considerações a serem feitas levarão em conta a proteção dos direitos dos infantes, que receberam proteção integral de seus direitos, garantia essa prevista constitucionalmente.

O primeiro capítulo traz considerações jurídicas acerca das prisões que podem culminar na concessão da prisão domiciliar. Sendo assim, serão exploradas mais a fundo a prisão em flagrante, preventiva, para fins de execução da pena, e a prisão domiciliar propriamente dita. Em todos os casos, serão traçados caminhos que tenham como pano de fundo o direito da criança, enquanto sujeito de direito, como forma de conexão de sentido entre o problema e a hipótese deste trabalho.

O segundo capítulo visa trazer ao leitor esclarecimentos quanto aos direitos das crianças, no que se refere ao seu histórico, tendo o infante sido tratado, em primeiro momento, como um objeto, e só posteriormente como sujeito de direito. Ademais, serão examinados os princípios regentes do direito infantil, e a influência destes no ordenamento jurídico, pois devem nortear as ações do poder público.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva a demonstração da possibilidade jurídica de concessão da prisão domiciliar, qualquer que tenha sido a modalidade inicial da punição, com fundamento máximo na proteção integral da criança, bem como em seu melhor interesse, de modo que se explicita a proteção dos direitos dos infantes por meio da prisão domiciliar.

Para elaboração deste trabalho, houve vasta pesquisa doutrinária pertinente à prisão domiciliar e ao direito das crianças, bem como pesquisas jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal do Distrito Federal e Territórios, no que toca ao referido tema, como filtro exemplificativo.

1 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO

Guilherme de Souza Nucci conceitua prisão como sendo a privação da liberdade, que impossibilita o exercício pleno do direito de ir e vir, mediante o recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Tal conceito não distingue a prisão provisória, daquela aplicada para fins de cumprimento definitivo da pena.¹

A prisão tem previsão constitucional no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal de 1988 (CF), e dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Para fins deste trabalho, seguir-se-á análise da prisão (I) em flagrante, (II) preventiva, (III) para fins de execução da pena, e da (IV) domiciliar, sendo esta o objeto do presente trabalho.

1.1 Da prisão em flagrante

Segundo os arts. 302 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP)², entende-se como flagrante delito (I) quem está cometendo a infração penal; (II) quem acaba de cometê-la; (III) quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e, (IV) quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Na esfera dos flagrantes permitidos por lei, considera-se flagrante próprio quem está cometendo a infração penal ou quem acaba de cometê-la. Já como flagrante impróprio, tem-se a hipótese de quem é perseguido e de quem é encontrado com instrumentos que façam presumir ser ele autor da infração. Esta última hipótese caracteriza também o flagrante presumido. Fala-se ainda em flagrante esperado, que se efetiva quando o funcionário policial,

1NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 519.

2BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em: 22 mai. 2017.

avisado antecipadamente acerca do crime que alguém está praticando ou vai praticar, diligência para prendê-lo em flagrante.³ E, por fim, o diferido ou protelado que, nos termos do art. 8º da Lei nº 12.850/2013, consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

No âmbito dos flagrantes que não são aceitos no ordenamento jurídico pátrio, inclui-se o flagrante preparado, no qual há preparação meticulosa e perfeita a tal ponto que impossibilita que qualquer bem jurídico seja colocado em perigo⁴, neste sentido tem-se a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal⁵; o forjado, em que é criada uma situação fática de flagrância delitiva, sendo esta falsa, a fim de se legitimar a prisão.⁶

Nos casos de prisão em flagrante de crimes permanentes, estes entendidos como o delito cuja consumação se prolonga no tempo, a conduta cessará apenas quando o agente quiser⁷, sendo que a flagrância se dará enquanto não cessar a permanência.

Em relação a esta prisão, deve-se enfatizar o fato de que ela é autorizadora de uma das possibilidades de violação domiciliar, nos termos do art. 5, inc. XI, da CF. Neste sentido, informa o artigo mencionado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (grifei)

Após a prisão, o preso será apresentado à autoridade competente, devendo ser ouvido o condutor, com conseqüente assinatura deste, sendo-lhe entregue cópia de termo e recibo de

³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. rev. e de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v. p. 897.

⁴LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 834.

⁵BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>> Acesso em: 22 mai. 2017.

⁶LOPES JUNIOR, op. cit., p. 833.

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

entrega de preso. Em seguida, a autoridade ouvirá as testemunhas, que presenciaram a infração, e, por fim, realizará o interrogatório do acusado. Após tais diligências, será lavrado o auto de prisão em flagrante. Salienta-se a alteração trazida pela Lei nº 13.257/16, que incluiu o §4º no art. 304 do CPP, e tornou obrigatória a necessidade de constar nos autos de prisão em flagrante informação sobre filhos, com suas idades, se possuem deficiência, nome e contato de responsável pelo cuidado deles.

A prisão e o local em que se encontre o preso deverão ser comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por este indicada. Ademais, auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado em até 24 (vinte e quatro) horas, após a prisão, para o juiz, e não sendo indicado advogado pelo preso, será remetida cópia integral para a Defensoria Pública, a fim de que esta possa realizar sua defesa técnica.

Neste momento, é realizada a conhecida Audiência de Custódia, instituto regulamentado pela Portaria nº 213, de 2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em respeito às determinações do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, que estabelece que em seu art. 7.5 que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais.⁸

Após o recebimento dos autos de prisão em flagrante, o juiz deverá relaxar a prisão; convertê-la em preventiva, caso preencha os requisitos insculpidos no art. 312 do CPP, e, quando as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas; ou, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Da análise do caso, restando o juiz convencido de que o delito foi cometido nas condições das excludentes de ilicitude do art. 23 do CP (estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito), poderá, com a devida fundamentação, conceder-lhe liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação da liberdade.

Por fim, salienta-se que, após o advento da Lei nº 12.403/2011, que trouxe alterações ao art. 310 do CPP, o juiz que receber os autos de prisão em flagrante deverá, necessariamente, avaliar a situação do réu aplicando uma das medidas previstas no artigo

⁸COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

anteriormente mencionado. Depreende-se, então, que a prisão em flagrante, nos moldes atuais, deixou de ser um fim em si mesmo, tendo em vista que sempre que obedecer aos requisitos da prisão preventiva, nesta será convertida.

1.2 Da prisão preventiva

A prisão preventiva está prevista no art. 311 e seguintes do CPP, com alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, e poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, de ofício pelo juiz, já no curso desta, ou a requerimento do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial, durante aquela fase, com a devida fundamentação. Neste sentido, afirma Tourinho Filho⁹ que “a prisão preventiva é permitida, única e exclusivamente, para os fins do processo penal”.

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, tendo como pressupostos para sua decretação a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, bem como em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme art. 282, § 4º do mesmo diploma legal.

Segundo Júlio Fabrinni Mirabete¹⁰, a prisão preventiva tem por pressupostos a prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria, com fundamento na garantia de ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, conforme *caput* do art. 312 do CPP.

Além disso, o autor prega que o art. 313 do CPP apresenta as condições de admissibilidade, o que é chamado de hipóteses de cabimento da prisão preventiva por Gustavo Henrique Badaró¹¹. Em vista disso, a prisão preventiva é cabível nos casos de crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos; de condenação por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado; e, de crime que envolva

⁹TOURINHO FILHO, op. cit., p. 926.

¹⁰MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo Penal: revista e atualizada por Renato N. Fabbrini**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2007. p. 390/392.

¹¹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1036.

violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Além de tais hipóteses, admite-se também a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, não havendo qualquer outra hipótese que se exija sua manutenção.

Na falta de motivos para a manutenção dessa prisão durante o processo, o juiz poderá revogá-la a qualquer momento, podendo novamente decretá-la se surgirem razões que a justifiquem.

Cabe salientar que a prisão em análise apresenta duas características, que segundo Pacelli¹², são a de autonomia, pois pode ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar, e de subsidiariedade, a ser decretada em razão de descumprimento da medida cautelar anteriormente imposta. Neste sentido, são três as hipóteses em que a prisão preventiva pode ser imposta, quais sejam de decretação em qualquer fase da investigação ou processo; como conversão de prisão em flagrante; e, em substituição à medida cautelar que outrora foi descumprida injustificadamente.

Caso o agente tenha praticado o delito em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, conhecidas como excludentes de ilicitude, restando comprovadas tais situações da análise das provas já juntadas aos autos, é vedada a decretação da prisão preventiva.

É de se analisar também que esta modalidade de prisão pode ser substituída pela prisão domiciliar, quando preenchido os requisitos daquela e obedecendo os ditames do art. 318 do CPP, prisão esta que será analisada logo em seguida.

1.3 Da prisão para fins de execução da pena

Tipo de prisão que objetiva o cumprimento de uma pena, ao ser o agente sentenciado a cumprir pena privativa de liberdade.

¹²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 550.

Com reconhecimento constitucional, prevista no art. 5º, inc. XLVI, “a”, da CF, a pena privativa de liberdade é subdivida em detenção e reclusão. A pena de reclusão, nos termos do art. 33 do Código Penal brasileiro (CP), será cumprida no regime fechado, semiaberto ou aberto, já a detenção, no semiaberto ou aberto. O §1º, do mesmo artigo considera como regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, em penitenciárias; como regime semiaberto, é a execução que se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, o aberto, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O §2º, ainda do mesmo artigo, informa que deverá iniciar o cumprimento em regime fechado o condenado a pena superior a 08 (oito) anos. Não sendo o condenado reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não superior a 08 (oito) anos, o regime inicial será o semiaberto. Contudo, não sendo reincidente e com condenação igual ou inferior a 04 (quatro) anos, o regime será o aberto. Para todos os efeitos, sempre deverão ser observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma legal.

1.4 Da prisão domiciliar

Segundo o art. 317 do CPP, a prisão domiciliar consiste em recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial, ou seja, trata-se de cumprimento da medida em local diverso da prisão. Atualmente, esta modalidade de prisão pode ser aplicada em duas situações distintas, quais sejam no momento da prisão preventiva e no âmbito da execução definitiva da pena.

Quanto à prisão domiciliar em razão da prisão preventiva, aquela é aplicada em substituição a esta, não se configurando como nova medida cautelar restritiva de liberdade, pois somente se fala em cumprimento da prisão preventiva em residência¹³. Para que seja concedido o benefício da prisão domiciliar é imprescindível a decretação anterior da prisão preventiva, que deverá obedecer aos requisitos do art. 312 do CPP. A depender do caso, o juiz poderá aplicar ou não tal medida, pois, segundo Pacelli, o que deve fundamentar uma decisão de substituição de preventiva por domiciliar é a incapacidade efetiva e concreta da

¹³OLIVEIRA, op. cit., p. 569.

administração de atividades criminosas por parte daquele que a ela, objetivamente, atende os requisitos legais¹⁴.

O art. 318 do mesmo diploma legal traz as hipóteses nas quais o juiz poderá substituir a preventiva por domiciliar:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência

IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Os casos dos inc. IV, V e VI foram incluídos pela Lei nº 13.257, de 2016, conhecida como Marco da Primeira Infância, que visou, nestes casos, à proteção das crianças, em respeito à prioridade dadas a estas pelo art. 227 da CF. Pode-se notar o afirmado, pois, antes da alteração, era permitido a domiciliar quando o agente fosse imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos ou com deficiência e para gestantes a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez, ou quando esta fosse de alto risco. Sendo assim, ampliou-se a proteção para gestante em qualquer período da gravidez, para homens e mulheres com filhos até 12 (doze) anos incompletos e para homens, caso seja o único responsável pelo cuidado do filho.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem concedido a conversão da prisão preventiva para a prisão domiciliar por questões humanitárias¹⁵:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a

¹⁴OLIVEIRA, op. cit., p. 572.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 326700 de São Paulo*. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Data de julgamento: 23/05/2017. Data de Publicação: 30/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601839576> Acesso em: 02 jun. 2017

demonstração do que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva destacou a gravidade concreta da conduta, consubstanciada no fato de ter sido apreendida significativa quantidade de droga (3 tijolos de maconha). Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública. 3. De acordo com o teor do art. 227 da Constituição da República, a convivência materna é direito fundamental do filho da criança. Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto n. 99.710/1990, é garantido à criança ser criada e educada no seio da família. Diante disso, **o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) passou a estabelecer um conjunto de ações prioritárias a serem observadas, com o fim de assegurar a máxima efetividade do princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto nos diplomas anteriores, dispondo, assim, sobre a prisão domiciliar para esses fins.** 4. Na hipótese, **a paciente é mãe de uma criança de 7 anos de idade e, provavelmente, de outra, com aproximadamente 1 ano de idade, porquanto estava grávida no momento da impetração, razão pela qual faz jus à prisão domiciliar por razões humanitárias,** diante das peculiaridades do caso concreto. 5. **Ordem concedida para, confirmada a liminar, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.** (grifei)

Em algumas das hipóteses de conversão da prisão preventiva para domiciliar, notadamente tem-se questões de natureza subjetiva, tais como esteja o preso extremamente debilitado por doença grave, ou seja imprescindível aos cuidados especiais da criança, necessitando, contudo, para qualquer das hipóteses, prova idônea do alegado, bem como provas técnicas para os casos de ordem mais subjetiva.¹⁶

Pacelli afirma que “não há de se exigir parentesco de primeiro grau, mas relação de dependência imediata e direta, ainda que sob regime informal”¹⁷.

Quanto à prisão domiciliar no âmbito da execução definitiva da pena, é norteadada pelo art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) e caberá no regime aberto, nas hipóteses em que o condenado for (I) maior de 70 (setenta) anos, (II) acometido por doença grave, (III) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e (IV) for gestante. Percebe-se que o Marco Legal da Primeira Infância deixou de apreciar a prisão domiciliar em regime aberto, tendo atentando-se somente à hipótese desta prisão na substituição da prisão preventiva.

A jurisprudência tem aceito, de forma pacífica, a conversão para prisão domiciliar em casos de cumprimento de pena em regime semiaberto e fechado. Contudo, deve haver

¹⁶OLIVEIRA, op. cit., p. 572.

¹⁷Ibid., p. 572.

demonstração da imprescindibilidade desse benefício, o que tem ocorrido com frequência nos casos de preso com saúde debilitada.¹⁸ Em relação às mães presas em regime semiaberto ou fechado, é necessário também que se demonstre ser a situação excepcional, sendo que somente o fato da presa ter filhos não autoriza, por si só, a substituição, ainda mais quando se tem instalações adequadas no estabelecimento prisional. Neste sentido:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. **PRISÃO DOMICILIAR. REGIMES FECHADO E SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. DIREITO À AMAMENTAÇÃO.** ART. 83, § 2º, DA LEP. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. EXISTÊNCIA DE LOCAL RESERVADO AOS CUIDADOS DO RECÉM-NASCIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento do tratamento adequado no estabelecimento prisional. (Precedentes.) 3. A Lei de Execução Penal prevê que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, § 2º). **4. O simples fato de a apenada encontrar-se na condição de lactante, não havendo nenhuma excepcionalidade, não autoriza a concessão de prisão domiciliar, sobretudo se o estabelecimento prisional possui local reservado aos cuidados do recém-nascido** 4. Habeas corpus não conhecido.¹⁹

Após o corte nas modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á à análise dos direitos fundamentais conferidos à criança, a fim de se prosseguir com este trabalho.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 365633** de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 18/05/2017. Data de Publicação: 25/05/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+prisao+domiciliar+condenada+filho&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 02 jun. 2017.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 378645** de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 04/05/2017. Data de Publicação: 10/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+378645&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 02 jun. 2017.

2 DO DIREITO DAS CRIANÇAS

Para compreensão deste trabalho, deve-se ter em mente que a criança é a pessoa que tem até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, consoante o art. 2 do ECA.

Ademais, frisa-se também que a criança possui todos os direitos inerentes à pessoa humana. E, mais, tem a proteção integral de seus direitos por ser pessoa em desenvolvimento. Neste sentido, dispõe o art. 3 do ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A seguir será exposto um breve histórico do direito das crianças, com análise de alguns dos princípios regentes desse ramo do Direito. Por fim, será explorada a Lei nº 13.257/16, que instituiu o Marco Legal da Primeira Infância, e trouxe importantes alterações no direito infantil.

2.1 Breve histórico do direito das crianças

No Brasil Colônia, o pai era a autoridade máxima no âmbito familiar. Devido à dificuldade dos jesuítas de catequizarem os índios adultos que aqui habitavam à época, educaram primeiramente as crianças, de modo que estas adequaram os pais às novas ordens morais dos colonizadores.²⁰

No Brasil imperial, iniciou-se a preocupação com os infratores e menores, sendo que a política repressiva da época era fundada no temor ante a crueldade das penas. Penalmente falando, a imputabilidade era alcançada aos 07 (sete) anos. Após essa idade, o indivíduo era tratado como adulto.²¹

No início do período republicano, havia oscilação entre os pensamentos de se proteger o menor ou de “se defender” dele. Nesta seara, no ano de 1906, inaugura-se Casas de

²⁰MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

²¹Ibid., p. 46.

Recolhimentos, de modo que são divididas em escolas de prevenção, estas com a finalidade de se educar menores em abandono, e escolas de reformas e colônias, a fim de se recuperar menores em conflito com a lei.²²

A Doutrina da Situação Irregular pautada em conteúdo discriminatório²³, deu origem ao primeiro código da infância e adolescência. O Código Mello Mattos, Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, submetia o menor de 18 (dezoito), abandonado ou delinquente, ao Juiz de Menores, unindo assistência e proteção previstas no referido diploma legal. Sendo assim, “o juiz podia exercer toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa”.²⁴

O Código Mello Mattos perdurou até os anos de 1979, quando foi elaborada a Lei nº 6.697, de 10 de outubro daquele ano, que instituiu o Código de Menores. Esta lei revogou, em sua totalidade, o Código Mello Mattos, contudo, a ideia do menor em situação irregular perdurou. No meio desse período, mais especificamente em 1937, a Constituição da República da época buscou alargar os horizontes sociais da infância e juventude.

Ressurge frisar que, à época, em termos de tutela da infância, visava-se a internação, com quebra de vínculos afetivos e familiares, com o objetivo de recuperação do menor.²⁵

No âmbito internacional, a Declaração de Genebra, de 1924, consagrou inicialmente o ideal de proteção especial que deve ser dispensado às crianças. Tal entendimento foi absorvido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Dentre tais, fala-se ainda, para fins de proteção à infância, da Declaração de Direitos da Criança (1959), Pacto de San José da Costa Rica (1969), Regras de Beijing (1985) e da Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989).²⁶

²²Ibid., p. 46.

²³RIZZINI, Irene. **A assistência à infância no Brasil: uma análise de sua construção**. Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1993. p. 96. apud. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 28.

²⁴MACIEL, op. cit., p. 47.

²⁵MACIEL, op. cit., p. 47

²⁶LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26

A Doutrina da Situação Irregular, que ainda estava em vigência por razão do Código de Menores, foi rompida com o advento do art. 227 da CF²⁷, que consagrou a Doutrina da Proteção Integral²⁸, e será melhor analisada a seguir.

2.2 Do princípio da proteção integral

Com fulcro na Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como na Declaração Universal dos Direitos da Criança, o ECA dispõe sobre a proteção integral que deve ser dispensada à criança, e confirma a adoção desse princípio nos seus seis primeiros artigos.

Segundo Wilson Liberati, “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico”.²⁹

Nos dizeres de Nucci, a Doutrina da Proteção Integral ou o princípio da proteção integral das crianças “simboliza completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento”. Além disso, diz que a proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana, contudo levado ao extremo, se comparado com a proteção aos adultos.³⁰

Tem por fundamento a idealização da criança como sujeito de direito, o que rompeu com os ideais da Doutrina da Situação Irregular, que pregava que a criança era apenas objetos de intervenções do mundo adulto, devendo colocá-los ainda como titulares de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.³¹

²⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 27 mai. 2017.

²⁸LIBERATI, op. cit., p. 27

²⁹Ibid., p. 27.

³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.

³¹CURY, Munir *et alii*. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 2.ed. São Paulo: RT, 200. p. 19. apud. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa é Pena?**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 57.

A referida Doutrina atesta o valor intrínseco da criança, como pessoa em desenvolvimento e sujeito de direitos, com reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que a torna merecedora de proteção integral por parte da família, sociedade e Estado.³²

Ademais, diz respeito à satisfação de todas as necessidades da criança, por intermédio do sistema legal, de modo que se privilegie todos os direitos da pessoa humana, dentre eles, e como objeto deste trabalho, o direito à dignidade e à convivência familiar e comunitária.³³

2.3 Do princípio da prioridade absoluta

O princípio da prioridade absoluta está previsto no art. 227 da CF, tendo sido reproduzido, quase que *ipsis litteris*, no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com previsão ainda no art. 100, parágrafo único, inc. II, deste diploma legal.

Considerando a vulnerabilidade da criança, por ser pessoa em desenvolvimento, ficou determinado pelo constituinte originário que, em todas as esferas de interesse, os direitos infantojuvenis devem ter proteção integral e prioritária, de forma absoluta. Neste sentido, sobre o referido princípio, entende Kátia Regina Maciel que:³⁴

Estabelece a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte.

Ainda nas palavras da autora acima citada, a prioridade absoluta tem a finalidade de obedecer, da melhor forma possível, à proteção integral dada à criança, a fim de que se facilite a concretização dos direitos fundamentais previstos no art. 227, caput, da CF.³⁵

Tem-se que enfatizar a quem foi dada a responsabilidade de assegurar os direitos das crianças, com absoluta prioridade. Nos termos do art. 4º do ECA, tal obrigação foi atribuída à

³²COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In CURY, Munir (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. apud LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 27

³³LIBERATI, op. cit., 30.

³⁴MACIEL op. cit., p. 60.

³⁵MACIEL, op. cit., p. 61

família, à comunidade, à sociedade em geral, e ao Estado, como Poder Público, que devem, em junção de esforços, resguardar os direitos das crianças.³⁶

A família não foi colocada em primeiro lugar por acaso, já que a responsabilidade familiar é reconhecida como um dever moral, decorrente da consanguinidade e do fato de ser o primeiro contato de uma criança com a vida social. Além disso, os familiares são os que, por terem mais proximidade com a criança, têm a maior capacidade de saber das necessidades dela e supri-las. Caso seja a família omissa, toda a coletividade pode sofrer as consequências de um eventual desajuste de comportamento.³⁷

No tocante à comunidade, a esta foi dada a responsabilidade de assegurar também o direito das crianças, em razão de ser o grupamento mais próximo das crianças, que reside na mesma região, e que compartilha de mesmos costumes, tendo o grupo mais condições de reconhecer eventuais violações.³⁸

A sociedade em geral exige bons comportamentos de seus integrantes, tendo o legislador atribuído a ela também a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais da criança, a fim de que o modelo de cidadão, pautado nos bons modos, se torne real.³⁹

Quanto à atribuição do Estado, enquanto Poder Público, o art. 24, inc. XV, da Carta Magna outorgou, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal o poder de legislar sobre a proteção da infância e da juventude. Dessa forma, todos os setores da Administração Pública, seja legislativo, judiciário ou executivo, devem prezar por adoção de providências que resguardem os direitos das crianças.⁴⁰ Outrossim, tal obrigação foi reforçada um pouco mais no art. 3º da Lei nº 13.257, de 2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância.

Por fim, a absoluta prioridade consiste na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas e destinação

³⁶ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

³⁷CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 23.

³⁸MACIEL, op. cit., p. 61.

³⁹MACIEL, op. cit., p. 62.

⁴⁰CURY, op. cit., p. 24.

privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, nos termos das alíneas, do parágrafo único do art. 4 do ECA.

2.4 Do princípio do melhor interesse da criança

Este princípio já era previsto no Código de Menores, sob a égide da Doutrina da Situação Irregular, tomou novas feições a partir do advento da Doutrina da Proteção Integral. O art. 3 da Convenção dos Direitos da criança determina que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituição pública ou privada, deverão considerar, primordialmente, o interesse melhor da criança.

Após essa mudança de Doutrina, o princípio do melhor interesse da criança “ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infantojuvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar”⁴¹, o que não acontecia sob a antiga Doutrina, pois somente se aplicava àqueles que não se ajustavam ao padrão estabelecido da época.⁴²

O princípio do melhor interesse da criança serve como norteador para o legislador e para o aplicador da lei, de modo que ambos devem, em suas ações, priorizar as necessidades da criança como critério de interpretação da lei, resolução de conflitos e para a elaboração de novas normas.⁴³

Destarte, quando da análise do caso concreto, o melhor interesse da criança deve agir como assegurador de respeito aos direitos fundamentais concedidos à criança, ou seja, o afirmado se materializará quando toda e qualquer decisão a ser tomada prezar pelo resguardo prioritário dos direitos fundamentais.⁴⁴

O princípio do melhor interesse da criança está previsto no art. 100 do ECA, que traz um rol de princípios norteadores da aplicação de medidas de proteção, e dispõe que as intervenções a serem feitas junto às crianças devem atender prioritariamente aos interesses e direitos destas, sem que haja prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses envolvidos no caso.

⁴¹MACIEL, op. cit. p. 68.

⁴²SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral - uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55.

⁴³MACIEL, op. cit., p. 69.

⁴⁴MACIEL, op. cit., p. 69.

2.5 Do princípio da prevenção geral e da prevenção especial

Nos termos dos arts. 70 a 73 do ECA, é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança. Ao citar todos, subentende-se que o legislador está falando da família, comunidade, sociedade em geral e ao Estado.⁴⁵ Fala-se aqui no princípio da prevenção geral.

No que pese à doutrina da proteção integral, o legislador, tomando por pressuposto que as crianças são maleáveis a todo tipo de influência ambiental, concedeu cuidado especial, de prevenção e de tratamento por parte de todos aqueles que estão envolvidos na proteção de seus direitos, com vistas a permitir um desenvolvimento saudável.⁴⁶

Para Paulo Lúcio Nogueira, a prevenção geral diz respeito à adoção de medidas de atendimento que evitem a desagregação dos vínculos familiares, e da marginalização dos filhos, que, sem recursos, caminham em direção ao abandono e à delinquência juvenil.⁴⁷

Segundo Tânia da Silva Pereira, a prevenção geral pode ser vista sob três aspectos, quais sejam a de prevenção primária, que se expressa por meio de medidas que garantam os direitos fundamentais da criança; a de prevenção secundária, que se materializa em programas de apoio, auxílio e orientação ao jovem e à família; e, por fim, a prevenção terciária, consubstanciada por intermédio das medidas socioeducativas aplicadas àqueles que cometem atos infracionais.⁴⁸

No tocante à prevenção especial, este princípio diz respeito aos direitos referentes à informação, cultura, ao lazer e esporte, às diversões e espetáculos, e está fixado nos arts 74 a 85 do ECA. Em suma, embora seja esperado que a criança tenha acesso à informação e à cultura, e visando um desenvolvimento mental sadio, é necessário que se obste o acesso a espetáculos considerados inadequados à sua faixa etária.⁴⁹

⁴⁵ELIAS, op. cit., p. 87.

⁴⁶MACIEL, op. cit., p. 347.

⁴⁷NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79. apud. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 348.

⁴⁸PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195. apud FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 195.

⁴⁹ELIAS, op cit., p. 91.

A prevenção especial veda a venda de uma série de produtos às crianças, dentre as quais a bebida alcoólica e produtos químicos que possam causar dependência física ou psíquica, bem como revistas com conteúdo adulto e bilhetes lotéricos.

Por fim, a prevenção especial, através dos arts. 83 a 85 do ECA, adverte que nenhuma criança poderá viajar desacompanhada para fora da comarca onde reside sem expressa autorização judicial.

2.6 Demais princípios regentes do direito da criança

O art. 100 do ECA enumera mais alguns princípios, não menos importantes que aqueles aos quais foram dados maior ênfase, de suma importância para a aplicação das medidas de proteção à criança.

Ressalta-se o princípio da (I) condição da criança como titulares de direitos; (II) da responsabilidade primária e solidária do poder público, que informa que as três esferas do governo (federal, estadual e municipal) são responsáveis pela efetivação dos direitos assegurados a crianças; (III) da intervenção precoce, que determina que a atuação das autoridades competentes deve se dar logo que a situação de perigo seja conhecida

Evidenciam-se também o princípio da proporcionalidade e atualidade, que estipula que a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada.

No âmbito familiar, tem-se o princípio da responsabilidade parental que dispõe que na aplicação de medidas de proteção à criança, devem ser tomadas intervenções que façam os pais assumirem os seus deveres para com a criança.

Para finalizar, merece relevância um breve introito ao princípio da prevalência da família, visto que informa que, na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente, deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta. Seguindo este raciocínio, a manutenção da criança no seio familiar natural é a regra escolhida pelo legislador estatutário. Portanto, a colocação em família substituta se constitui como exceção, devendo tal decisão ser tomada somente em último caso e quando todas as tentativas de manutenção/reinserção na família restem infrutíferas.

2.7 Do Marco Legal da Primeira Infância - Lei nº 13.257/16

Atualmente, não há de se falar em Direito da Criança sem antes consultar a Lei que instituiu o Marco Legal da Primeira Infância. Nos termos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.⁵⁰

Mais uma vez consagrando o princípio da prioridade absoluta, norteadora da vontade legislativa, a Lei em comento determina que o respeito a esse princípio implica o dever do Estado em estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

O art. 227 da CF institui o Estado como um dos responsáveis por prezar dos direitos das crianças. Nesta toada, o Marco Legal da Primeira Infância determina que as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão sempre elaboradas e executadas de forma a atender ao interesse superior da criança, incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento, devendo ser respeitada a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças. Ademais, a participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadão, devendo tal inclusão ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Ainda dentro das atribuições do poder público no que diz respeito à proteção dos direitos da criança, o Marco Legal da Primeira Infância obriga os entes federativos, quais sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a apoiar a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sócio familiar e comunitário, a fim de se fortalecer os vínculos, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança, o que diz respeito ao direito da criança de conviver em família e na comunidade.

⁵⁰BRASIL. Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016. **Marco Legal da Primeira Infância**. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> Acesso em: 28 mai. 2017.

No que concerne às gestantes e mulheres que tenham filhos na primeira infância e que estejam em unidade de privação de liberdade, ficou estipulado que incumbe ao poder público garantir ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

3 DA PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA QUE ESTÁ NO CÁRCERE

Mesmo que o viés deste trabalho seja a criança e seus direitos, não há como falar delas sem que seja dissociada de sua mãe, ainda mais no que se refere à mãe que está em privação de liberdade, pois a criança é levada para dentro do sistema prisional para que não haja o rompimento do vínculo mãe-filho, em primeiro momento. Tendo este cenário em mente, passaremos a analisar alguns dados referentes ao aprisionamento feminino e as condições dele decorrente.

Muito pouco se tem de dados sobre mulheres aprisionadas. Menos ainda se tem em relação às crianças que estão presídios por ocasião de cumprimento de pena de suas mães. Tudo fruto de pouco interesse e estudos sobre o tema. O mais recente levantamento de que se tem conhecimento é o feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres foi elaborado em 2014 e trouxe algumas informações oficiais sobre as mulheres no sistema prisional brasileiro, que a seguir serão explanadas.⁵¹

O Brasil detém a quinta maior população de mulheres encarceradas no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia. Entre o período de 2000 a 2014, a população feminina presa aumentou 50% ao redor do mundo, sendo que, no mesmo período e apenas no Brasil, a população carcerária feminina cresceu 567%, enquanto que a masculina cresceu somente 220%.

Em 2014, existiam 1.420 unidades prisionais, das quais 75% eram voltadas exclusivamente para o público masculino. Em contrapartida, apenas 7% eram para mulheres e 14% tinham um caráter misto.

De acordo com o levantamento, 3 em cada 10 mulheres se encontravam no sistema prisional sem condenação; 45% da população carcerária feminina estava em cumprimento de pena em regime fechado; 22,5% em regime semiaberto e 2,1% em regime aberto.

⁵¹BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, de junho de 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

Ademais, a metade das mulheres encarceradas apresentava idade entre 18 e 29 anos, 67% eram negras, 57% eram solteiras, 68% estavam no sistema prisional por envolvimento com o tráfico de drogas, mas sem relação com as maiores redes de organizações criminosas. O Levantamento informa que, em geral, as mulheres submetidas ao cárcere tinham filhos, contudo não traz nenhuma quantificação.

Quando se fala de maternidade dentro dos presídios, pouca estrutura há para que ela seja exercida com dignidade. Dentro das unidades femininas, somente 34% possuem instalações (cela ou dormitório) adequadas para as gestantes, enquanto que nas unidades mistas a porcentagem é de apenas 6%.

No tocante a berçários ou centro de referência materno infantil, somente 32% das unidades femininas tinham esses tipos de instalações, ao passo que nas unidades mistas a proporção é de 3%. Ademais, 5% das unidades femininas dispunham de creche, e nenhuma das unidades mistas possuía essa área.

Estes dados demonstram, sobretudo, a disparidade entre a determinação legal e a realidade vivida nos presídios brasileiros. A LEP, em seu art. 89, prevê que nos estabelecimentos destinados a mulheres haverá seção para gestante e parturiente e de creche para crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

No art. 83, da LEP, é previsto ainda que os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade, esta última parte em consonância com o inc. L, do art. 5º, da CF, que assegura à presidiária o direito de permanecer com seu filho durante o período de amamentação.

A Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), instituída pela Portaria Interministerial nº 210, do Ministério da Justiça, estabelece como meta deste plano o incentivo a órgãos de administração prisional para que promovam a efetivação dos direitos fundamentais no âmbito dos estabelecimentos prisionais, tomando em conta as peculiaridades relacionadas, dentre outros, ao gênero e à maternidade, bem como aos filhos inseridos no contexto prisional.

Outrossim, almeja a atenção específica à maternidade e à criança intramuros, contemplando a inserção da mulher grávida, lactante e mãe com filho em local específico e adequado.⁵²

Em legislação mais recente, o Marco Legal da Primeira Infância introduziu o §10º ao art. 8º do ECA, e trouxe a incumbência ao poder público de garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência para o acolhimento do filho, de modo que vise o desenvolvimento integral da criança.

Tais diretrizes estão em consonância com as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok⁵³, que preveem a necessidade de dispor de atenção adequada tanto em relação à mãe, quanto às crianças, considerando a vulnerabilidade desta.

Temos todo esse cenário legal de inserção de lugares apropriados dentro dos presídios às gestantes, mães e filhos, pois decorre diretamente da Constituição Federal o direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Além disso, do mesmo dispositivo constitucional, pode-se inferir que devem ser dadas condições para o exercício desse direito, sendo também direito do filho permanecer junto de sua mãe.

Contudo, cruzando tais informações àquelas sobre mulheres no cárcere, pode-se perceber facilmente que o poder público pouco faz para atender às determinações legais, advindas até mesmo de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, pois, em muitos casos, os presídios são apenas adaptações de um local destinado a homens, não levando em conta as especificidades da mulher. O Estado age com verdadeira negligência, podendo até mesmo vir a ser responsabilizado:

Se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência

⁵²BRASIL. Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional**. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf> > Acesso em: 01 jun. 2017.

⁵³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf> > Acesso em: 01 jun. 2017.

ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo.⁵⁴

Toda essa falta de estrutura tem raízes na invisibilidade da mulher frente às políticas públicas de encarceramento. As crianças, para efeitos deste trabalho, se escondem mais ainda atrás da mulher, o que faz com que pouquíssimo se saiba sobre as condições delas dentro dos presídios.

Sendo assim, ao considerar todos os presídios femininos, pode-se depreender que a baixa porcentagem desses estabelecimentos com lugares apropriados aos cuidados das crianças constitui gravíssima violação aos direitos destas, mesmo tendo o legislador constitucional e estatutário previsto uma proteção integral a elas. O que se tem, em muitos casos, são apenas celas adaptadas, e não lugares apropriados e construídos para estes fins.⁵⁵

Ainda quanto ao tema, muito pouco se é divulgado quanto às condições das crianças dentro do cárcere. Contudo, Débora Diniz traz em seu livro *Cadeia* relatos que ouviu durante seis meses em que teve contato com prisioneiras do sistema carcerário feminino do Distrito Federal⁵⁶.

A fim de se ilustrar a violação aos direitos das crianças que estão aprisionadas, seguir-se-á com dois relatos que, dentro daqueles trazidos por Débora Diniz, mais tiveram foco no viver da criança no presídio.

O primeiro destes relatos traz à tona a internalização pela criança dos costumes das presidiárias, bem como fica evidenciado o martírio que é a retirada da criança do convívio materno:

Esta é a história de um menino miúdo nascido no presídio. Todos se lembram dele sorridente, Samir era seu nome, filho de Laila, uma marroquina desviada pela droga. A moça era de uma magrém desconhecida pelas bandas de cá, tinha porte de gente fina. A lei diz que criança vive sete anos em presídio, desde que haja creche como território exclusivo. Mas a regra do presídio feminino da capital federal é breve, com seis meses criança

⁵⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.1014.

⁵⁵BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Nacional Penitenciário. **Diagnóstico Nacional de Mulheres Encarceradas**, de 2008. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/doutrina/Mulheres%20Encarceradas.pdf> Acesso em: 05 jun. 2017.

⁵⁶DINIZ, Debora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

deve conhecer mundo sem grade, fumaça e sirene. Os seguradores de bebês retardavam a saída de Samir quanto buscavam alguém do fora para guarda provisória. A verdade é que seu Lenilton e d. Jamila não têm poderes de segurar bebê na cadeia, quando muito argumentam pela espera de parentes ou aderente. Quem decide é o dr. Juiz

(...)

O pequeno Samir era de idade muda, barulho era de choro ou riso. A boca era frouxa, sem dentes e com cheiro de leite. A regra dos seis meses virou tormento, corpo miúdo se agigantava para limite da criação entre grades. Fez aniversário de ano na cadeira. Samir andava e sem lição imitava a mãe: corpo virado e os olhinhos pretos buliam, mas não ousavam mirar colete preto. O aprendizado foi canino, bastava proximidade de colete preto para menino girar a espinha, baixar a cabeça e fungar a parede. O dever de procedimento provocava engulhos, arrepiada até colete preto de coração duro. Laila tinha vocabulário minguaado de estrangeira sem visita, mas pela tradução do homem da inteligência implorava permanência do menino. Alguém do fora anunciava chegada e salvamento, o parente só não vinha em visita. Quinta-feira era como um sopro do diabo. A mãe deu para chorar, e o menino risonho tremia o queixo. A entrega de Samir foi decretada, abrigo ou nova família, Laila escolheria destino. A data estava no calendário, o futuro era logo.

Abrigo é inferno na boca na boca de presa, a criança é enjeitada. Qualquer gota de sangue é melhor que desconhecido como família. Não se sabe com, mas uma irmã de Laila chegou ao presídio. Não era quinta-feira, mas regra de visita foi desimportante. O menino escapou como fugitivo, levou o pouco que tinha. Presa que perde o filho na entrega foge do presídio sem sair das grades. O dia da despedida é triste, o seguinte é miserável: não há deserto maior que o primeiro dia sem o filho. Quem parte não é só a criança de berço: junto se vai o sentido da sobrevivência de uma mulher parida na prisão. Sem Samir, Laila passou a ser presa comum, mudou-se de ala, as poucas regalias conquistadas pela criança se foram. Começou a se habituar à vida de saudade. Duas fotografias latejavam as dores da triste sina.⁵⁷

Para melhor compreensão do relato, deixa-se claro que seguradores de bebês são aqueles que podem fazer com que a criança permaneça dentro do presídio, papel este desempenhado pelos profissionais da saúde que atuam na prisão. Ademais, colete preto refere-se ao conjunto de segurança do presídio, compostos por agentes de segurança e policiais civis, que sempre estão vestidos de preto.⁵⁸

O próximo relato demonstra a estrutura precária do Presídio Feminino do Distrito Federal, em que submete a criança a situações degradantes, como permitir com ela durma em uma banheira de plástico, próxima ao chão. Ademais, mostra também o quanto a retirada do filho de sua mãe mexe com o psicológico desta:

⁵⁷DINIZ, *op. cit.*, p. 109-111.

⁵⁸DINIZ, *op. cit.*, p. 213-223.

“Ele parte, eu parto.” A sentença de liberdade não foi do dr. Juiz, mas de quem carrega desgraça como futuro. Rita Roberta é mulher forte e determinada. De sangue migrante, estudou medicina na fronteira, mas se preparava para ser estrangeira. Ninguém a desconhece, pois é mãe do menino Arthur, o rei do presídio. Chegou por ali há um ano e meio, e tudo o que fez foi esperar o dia em que o júri diria se é matadora cruel ou matadora no direito. Em confronto de terra, ela e o marido atropelaram um vizinho. Arthur ainda não vivia, esperava nascimento na cadeia.

O menino é sorridente. Como todos os nascidos em presídio, estranha homem e não se oferece a mulher de preto. É o mais adulto dos bebês da Ala A, há onze meses tem uma banheira de plástico como berço. (...) A mulher é chamada pelo duplo nome, e seu poder cresceu pela doçura de Arthur.

(...)

Rita Roberta fez planos para o dia (do júri). O mais importante, ela escreveu para não esquecer. Escondeu a carta, mas entre grades qualquer segredo escapa. Luana é vizinha de jega (cama), decorou texto e o cabritou a d. Jamila, “Ela vai se matar, disse até como”. As letras não eram embromação, pesavam no papel a alma seca de quem as escreveu: a sentença da forca viria depois da sentença da lei. D. Jamila não se alterou, mas teve pressa. Convocou ao gabinete a suicida antecipada, só não mencionou carta. Nem precisou destampar segredo, Rita Roberta se confessou e detalhou planos.

(...)

Arthur dormia na banheira rente ao chão. O sonho o protegia da tragédia de orfandade anunciada pela mãe. Se há razão no pensamento, ela saía da boca daquela mulher, “mãe ele não terá de qualquer jeito se eu for sentenciada”. A morte não é escolha, mas desfecho. (...) No dia do júri, d. Jamila madrugou na prisão e seu espanto foram os cacarecos do menino-rei amontoados no chão da Ala A. Fazendo perguntas miúdas, descobriu a novidade. Arthur partiria com Rita Roberta, mas não só para hoje. O advogado apareceu com uma madrastra-avó da criança, e o dr. Juiz não hesitou: o menino perdeu o trono.⁵⁹

Pela simples leitura destes relatos pode-se perceber quão nocivo é o ambiente carcerário para as crianças, e que há violação dos direitos das crianças.

Nesta esteira, ao se falar sobre os direitos das crianças, não há de se olvidar do art. 227 da CF, que define, não taxativamente, os direitos fundamentais dos infantes a serem assegurados. Dentre eles, pode-se citar o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Todos eles foram concedidos com vistas a proporcionar à criança um desenvolvimento sadio.

⁵⁹DINIZ, *op. cit.*, p. 129-132.

Os direitos fundamentais, cláusulas pétreas implícitas, e, portanto, intangíveis⁶⁰, são designados por José Afonso da Silva como:

Aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.⁶¹

No entender de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

O tema dos direitos fundamentais sempre vem acompanhado da discussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, pois os avanços no campo do direito constitucional se deram, em boa medida, da afirmação dos direitos humanos como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.⁶² Consoante Gonet Branco:

Embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais, que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, esse é o princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.⁶³

A dignidade da pessoa humana está expressamente prevista no art. 1, inc. III, da CF. Está inserida no campo dos princípios fundamentais, constituindo-se como um dos princípios basilares do Estado Democrático brasileiro. No que tange o direito infantojuvenil, há previsão nos arts. 3, 4 e 15, do ECA.

⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, 133.

⁶¹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163-164. apud. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, 141.

⁶²MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 135.

⁶³Ibid., p. 140.

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade humana, em poucas palavras, é um valor fundamental que ingressa no mundo do direito sob forma de princípio jurídico de status constitucional, e diz respeito ao valor intrínseco do ser humano, bem como à autonomia de cada um, com limitação legítima imposta a ele, em prol de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).⁶⁴

Referente ao valor intrínseco, este está adstrito à natureza do ser, de modo que afirma a posição especial da pessoa humana frente aos outros seres vivos e coisas, culminando numa série de direitos fundamentais (p. ex. direito à vida, à integridade física, à igualdade).

Relativo ao valor comunitário, este é o elemento social da dignidade humana, de maneira que esta é esculpida pelos valores partilhados pela comunidade e por seus padrões civilizatórios.

Neste íterim, a dignidade humana da criança, enquanto valor, materializa-se, sobretudo, no princípio da proteção integral dada à criança, visto ser esta a forma que o legislador encontrou para salvaguardar a criança das ingerências externas dos adultos. Como o próprio nome diz, proteção integral abarca sua liberdade, vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Portanto, a permanência da criança no cárcere, privada tanto da liberdade, mesmo sendo esta não exercida de forma plena, quanto do convívio familiar e comunitário atenta gravemente à previsão de proteção absoluta e integral de todos os direitos da criança, violando, portanto, sua dignidade enquanto ser humano.

Retomando a discussão quanto ao valor comunitário, no que concerne a interação social de uma criança, frisa-se que é direito fundamental da criança ter convivência familiar e comunitária, expressamente previsto no art. 227 da CF, bem como nos arts. 4 e 19 do ECA. Este último artigo informa que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 285-287

Quanto à convivência comunitária, a Kátia Regina Maciel diz que:⁶⁵

Ao lado da convivência familiar, os legisladores constituintes e estatutários normatizaram o direito fundamental à convivência comunitária, nos mesmos dispositivos legais, pois constitui uma interseção imperativa com aquele outro, de maneira que somente com a presença de ambos haverá um bom e saudável desenvolvimento do ser humano em processo de formação. A criança e o adolescente, com o passar dos anos, ampliam os seus relacionamentos e passam a viver experiências próprias fora do âmbito familiar que lhe auxiliarão no incremento da personalidade e do caráter. (...) Estes espaços complementares do ambiente doméstico constituem pontos de identificação importantes, inclusive para a proteção e o amparo do infante, mormente quando perdido o referencial familiar. Na comunidade, ainda, a criança e o adolescente poderão desenvolver os seus direitos como cidadão.

A mesma autora anteriormente citada define a convivência familiar⁶⁶ como:

Destarte, podemos conceituar a convivência familiar como direito fundamental de toda pessoa de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança).

Esse direito visa a manutenção de vínculos, tendo em vista que este é um aspecto fundamental na condição humana, sendo particularmente essencial ao desenvolvimento da criança, conforme já alegado.

Ademais, a família é base da sociedade, tem especial proteção do Estado, de modo que o poder público deve agir no sentido de estreitar as relações familiares.⁶⁷

É regra o convívio da criança no seio familiar natural, inclusive nos casos em que há parentes em situação de privação de liberdade. Bowlby reconhece que:⁶⁸

É óbvio que existem ocasiões em que as crianças devem ser criadas fora de seus próprios lares. Contudo, estas providências deveriam ser consideradas como um último recurso, a ser utilizado somente quando for absolutamente impossível tornar o lar adequado à criança.

⁶⁵MACIEL, op. cit., p. 128.

⁶⁶MACIEL, op. cit., p. 128.

⁶⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Art. 226. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 jun. 2017.

⁶⁸BOWLBY, John. **Cuidados Maternos e Saúde Mental**. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 67.

No contexto de retirada da criança de seu lar natural somente em último caso, o art. 23 do ECA dispõe que a condenação criminal da mãe ou do pai não autoriza, por si só, a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Das interações familiares, a mais estudada pela ciência é o vínculo mãe-filho.

O referido vínculo é de suma importância para a criança nas suas fases iniciais, o que fez com que o legislador concedesse o direito da mãe de permanecer com seu filho, mesmo que ela esteja cumprindo pena privativa de liberdade. Sobre esse vínculo, Robert V. Kail⁶⁹ discorre:

O relacionamento socioemocional que desenvolve entre um bebê e um dos pais (em geral, a mãe) é especial. É o primeiro relacionamento socioemocional do bebê, por isso tanto os cientistas quanto os pais acreditam que deva ser satisfatório e livre de perturbações para fornecer as bases para os relacionamentos posteriores.

Ainda segundo Robert Kail, o bebê que experimenta a confiança e a empatia de um vínculo seguro deve se tornar uma criança que interage com segurança e habilidade com seus colegas. Entretanto, o bebê que não experimenta um primeiro relacionamento bem sucedido e satisfatório tende a encontrar problemas nas interações sociais.⁷⁰

John Bowlby⁷¹, ainda no que diz respeito à importância dos cuidados conferidos à criança, diz que:

Dentre os mais significativos avanços da psiquiatria, neste último quarto de século, acha-se a crescente comprovação de que a qualidade dos cuidados parentais que uma criança recebe em seus primeiros anos de vida é de importância vital para a saúde mental.

Nas palavras do autor citado acima, a privação do contato com a mãe, ou uma figura materna na ausência daquela, durante um período prolongado, acentua a queda do desenvolvimento da criança.⁷²

⁶⁹KAIL, Robert V. **A criança**. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 177.

⁷⁰Ibid., p. 180.

⁷¹BOWLBY, op. cit., p. 13.

⁷²Ibid., p. 25.

Considerando a importância do vínculo em comento, e para que não haja ruptura dele quando a mãe vai à prisão, o legislador previu, como já alegado, a possibilidade da criança permanecer no cárcere com ela, para que seja esse vínculo favorecido, e para que não haja ruptura abrupta deste, a fim de não afetar o futuro desenvolvimento da criança.

Nesta seara, submeter a criança ao ambiente degradante de um presídio para que esteja junto de sua mãe, é puni-la também, levando-a ao cumprimento de pena por ato que não cometeu, caracterizando verdadeira violação ao princípio do processo penal conhecido por intranscendência da pena⁷³, que, em poucas palavras e em concórdia com o inc. XLV da Constituição, define que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Ora, a criança, em momento algum, foi condenada a cumprir pena privativa de liberdade, e se encontra em estabelecimento próprio para quem sofreu condenação, quando da execução da pena.

Para que se possa iniciar a explanação quanto à prisão domiciliar como medida garantidora dos direitos da criança, é importante frisar que, como já exposto em capítulo próprio para prisão, a domiciliar é medida substitutiva de prisão preventiva, quando cumprido os requisitos legais, ou de prisão para execução da pena, quando for a condenada sentenciada em regime aberto, ainda dentro dos requisitos trazidos pela LEP.

A substituição das prisões para domiciliar, em ambos os casos, suporta como fundamento sua concessão para aquelas que possuam filhos, conforme pode-se extrair da leitura dos arts. 318, III a V do CPP, em combinação com art. 117, III e IV, da LEP.

O Marco Legal da Primeira Infância trouxe a alteração das hipóteses de concessão de prisão domiciliar no caso de substituição da prisão preventiva, sendo que o art. 318 do CPP passou a vigor com os inc. IV, V e VI, sempre visando a proteção integral e o melhor interesse da criança. Contudo, a referida lei não modificou em nada a prisão domiciliar prevista na fase de execução da pena.

Quanto à substituição no âmbito da prisão preventiva, o Superior Tribunal de Justiça tem concedido a conversão como forma de salvaguarda do direito do infante, com base na proteção integral da criança:

⁷³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI.** GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.** 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva destacou a gravidade concreta da conduta, consubstanciada pelo *modus operandi* adotado pelos acusados, o que, na linha da orientação firmada nesta Corte, justifica a interferência estatal com a segregação cautelar, como forma de assegurar a ordem pública. 3. Entretanto, apesar de o decreto preventivo indicar pressupostos de cautelaridade para justificar a prisão, certo é que os autos também informam que a recorrente não atraiu a vítima para o local do crime, não desferiu golpes contra a ofendida, tampouco esteve presente no local da execução, mas tão somente participou das reuniões onde o grupo arquitetou o delito que praticaria. O compulsar dos autos revela, ainda, que foi a recorrente quem indicou à autoridade policial onde o corpo da vítima se encontrava, além de ter confessado que as outras denunciadas foram até a sua casa para bater na ofendida. 4. Ademais, **a recorrente está grávida, é mãe de dois filhos, um com 4 e outro com 2 anos de idade, é primária, possui endereço fixo, e se encontra custodiada em presídio fora da comarca em que reside.** 5. Destarte, **a solução da questão atrai o exame do que dispõe o art.318 do Código de Processo Penal, com redação dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), que passou a estabelecer um conjunto de ações prioritárias a serem observadas, com o fim de se assegurar a máxima efetividade do princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto n. 99.710/1990, dispondo, assim, sobre a prisão domiciliar para esses fins.** 6. **Hipótese em que faz jus a recorrente à custódia domiciliar, diante das peculiaridades do caso concreto e por razões humanitárias, conforme o teor dos arts. 6º e 227 da Constituição da República.** 7. Recurso ordinário a que se dá provimento para, confirmada a liminar, **substituir a prisão preventiva da recorrente pela domiciliar.**⁷⁴ (grifei)

Filiado ao mesmo entendimento do acórdão retro, podemos citar também outra decisão do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO PREVENTIVA** DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 76612 de Minas Gerais.** Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. DJe 05/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72488387&num_registro=201602575037&data=20170605&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 10 jun. 2017.

APREENDIDO. PRISÃO DOMICILIAR. RÉ MÃE DE BEBÊ COM MENOS DE DOIS ANOS DE IDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 3. No caso dos autos, na residência da paciente foram apreendidos 799,44 gramas de maconha, o que justifica sua segregação cautelar, para garantia da ordem pública, pois esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. 4. **Contudo, com o advento da Lei n. 13.257/2016, o artigo 318 do Código de Processo Penal passou a permitir ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência" ou "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".** 5. Este Superior Tribunal adota o entendimento de que a substituição da prisão cautelar pela domiciliar não é automática, devendo ser analisada em cada caso concreto, não se tratando, em absoluto, de regra a ser aplicada de forma indiscriminada. In casu, **a paciente é primária e mãe de um bebê com menos de 2 anos de idade (11 meses à época dos fatos).** 6. Embora os fatos objetos da ação penal originária sejam graves, **entendo que, neste caso, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente.** 7. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a segregação cautelar da paciente por prisão domiciliar.**⁷⁵ (grifei)

Quanto à substituição no âmbito da execução penal, a LEP, em seu art. 117, restringe esta possibilidade ao regime aberto. O Marco Legal da Primeira Infância, que trouxe alterações consideráveis à possibilidade de domiciliar no âmbito de prisão preventiva, nada modificou quanto à execução penal. Em busca por jurisprudência no site do STJ, tendo como palavras de pesquisa prisão domiciliar, condenada e proteção integral ou melhor interesse, não se encontra qualquer acórdão com correspondência a tais palavras.

⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 367881 de São Paulo**. Relator: ministro Ribeiro Dantas. Órgão Julgador: Quinta Turma. DJe 26/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=prisao+domiciliar+re+mae+de+bebe+com+menos+de+dois+de+idade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 10 jun. 2017.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que aqui será utilizado como parâmetro por ser do mesmo local dos relatos, concedeu, em 2015, portanto antes do Marco Legal da Primeira Infância, a prisão domiciliar humanitária à uma condenada:

HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. EXECUÇÃO PENAL. CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. OFENSA DIRETA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. POSSIBILIDADE. MÃE ENCARCERADA. CRIANÇA DESAMPARADA. ARTIGO 89 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DA CRECHE PREVISTA EM LEI. CRIANÇA EM ESTADO DELICADO DE SAÚDE. EXCEPCIONALIDADE. PROTEÇÃO INTEGRAL. DIREITO À MATERNIDADE. RESOLUÇÃO Nº 04/2009 DO CNPCN. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal evolui em sua compreensão jurisprudencial, passando a admitir o "habeas corpus" como sucedâneo recursal quando houver ofensa direta à liberdade de locomoção (HC 102.179/SP). No caso, considerando que a paciente encontra-se encarcerada e que a petição inicial aponta a existência de suposta coação ilegal cuja resolução poderá impactar diretamente no seu direito de locomoção, é cabível a impetração. 2. Diante do quadro fático delineado nos autos, especialmente **em virtude da ausência de rede familiar de apoio fora do presídio e da delicada situação de saúde da criança (que certamente necessita do leite materno e da presença da genitora), o afastamento abrupto entre mãe e filha seguramente seria prejudicial à infante.** 3. O artigo 89 da Lei de Execuções Penais, com a redação dada pela Lei nº 11.942/09, determina a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional feminino para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável esteja presa. **Contudo, observa-se que a Penitenciária Feminina do Distrito Federal não possui a creche nos moldes determinados pela Lei de Execução Penal.** 4. A Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança. 5. **Verificando-se que a manutenção da mãe com a criança no estabelecimento prisional traz riscos à vida e à saúde da infante, a solução que melhor se harmoniza com as normas aplicáveis à espécie não é a separação brusca e precipitada entre mãe e filha, sem que se tenha qualquer notícia de quem será o responsável pela criança, mas a concessão de prisão domiciliar por razões humanitárias.** 6. A prisão domiciliar encontra fundamento no artigo 117 da Lei de Execuções Penais e, apesar de ser previsão específica para os condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, o **Superior Tribunal de Justiça tem firme compreensão no sentido de admitir a concessão da medida por razões humanitárias ainda que o condenado esteja em regime mais gravoso, atentando-se às particularidades do caso concreto.** 7. A situação excepcional trazida à baila nesta impetração justifica a concessão da prisão domiciliar humanitária à paciente, por ser essa a medida que melhor se adequa à legislação constitucional e infraconstitucional pertinente e que

preserva, de um lado, o melhor interesse da criança e, de outro lado, o direito à maternidade que não pode ser subtraído da mãe encarcerada em virtude da condenação, sendo remanescente a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão 8. Preliminar rejeitada. Ordem parcialmente concedida.⁷⁶

Em face das considerações aduzidas, a concessão da prisão domiciliar tanto no âmbito da prisão preventiva, quanto na execução da pena, seja qual for o regime, com fundamento na proteção integral da criança, bem como no seu melhor interesse, demonstra-se juridicamente viável.

Ressalta-se que o melhor interesse da criança é estar junto de sua mãe e longe do ambiente degradantes que é o do presídio.

Ademais, a adoção da referida medida, com fulcro na salvaguarda dos direitos dos infantes, proporciona à criança um desenvolvimento sadio e fora do ambiente nocivo que uma cadeia oferece. Sem contar que a concessão desse benefício oferece, ainda, a possibilidade de maior integração da criança com sua família, em respeito ao direito à convivência familiar.

Ainda há de se falar, nesse mesmo campo, que a integração da criança com a família se constitui o melhor instrumento para que, quando a mãe volte a cumprir pena, o infante não sofra demasiadamente com o rompimento do vínculo, pois já fora proporcionado a possibilidade de criar novos elos com os demais familiares.

Sendo assim, impossibilita-se a ruptura abrupta do vínculo mãe-filho, que teriam caso ficassem ambos aprisionados, e a entrega da criança a um parente que, muito provavelmente, não teve contato com ela.

Por outro lado, o que se pode defender também é a concessão da prisão domiciliar à mãe, mediante o uso de monitoramento eletrônico, conhecida por tornozeleira eletrônica, nos termos da Lei nº 12.258, de 2010, que trouxe alterações à LEP, no sentido de trazer a possibilidade de monitoramento eletrônico em caso de concessão de prisão domiciliar (art. 146-B, inc. IV, da LEP). Neste sentido:

⁷⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **HC 857348**. Relator: Desembargador Silvanio Barbosa dos Santos. Órgão Julgador: Segunda Turma Criminal. DJe 31/03/2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em 10 jun. 2017.

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. ROUBO MAJORADO. **SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO DA PACIENTE COM APENAS 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.** 1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de *writ* impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente. 2. **O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.** 3. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. 4. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. **A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.** 5. **Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente,** previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor doutrina, **a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica** (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015). 6. **Caso em que a paciente possui um filho com apenas 2 anos de idade (primeira infância), que necessita dos cuidados maternos,** o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, **permitindo, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Imprescindibilidade dos cuidados da genitora. Razões humanitárias.** 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem

concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, **substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico**⁷⁷ (grifei)

A adoção deste tipo de monitoramento traz benefícios também ao Estado, pois, segundo noticiado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o uso da tornozeleira pelo preso custa em cerca de R\$230,00, em detrimento aos R\$1.700,00 gastos para manter o preso no sistema prisional.⁷⁸

Ademais, ficou previsto que aquele que utilizar tornozeleira eletrônica deverá receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica (art. 146-C, inc. I, LEP), o que pode ser realizado em conjunto com visitas domiciliares de apoio à família, com o fito de melhor acompanhar a presa em situação de prisão domiciliar, bem como o desenvolvimento integral da criança, com a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos (art. 14, Marco Legal da Primeira Infância).

Por fim, o Projeto de Lei nº 513⁷⁹, de 2013, da autoria do senador Renan Calheiros, que tramita no Senado, visa trazer importantes alterações à LEP, dentre elas a obrigatoriedade de comunicação à Vara da Infância e Juventude do nascimento de bebês de mães encarceradas, para que sejam tomadas as devidas providências. Ademais, inclui na LEP que a decisão sobre o tempo de permanência da criança no estabelecimento penal será tomada pelo Juízo da Execução, em prol do interesse da criança.

⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 390211 de São Paulo**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Órgão Julgador: Quinta Turma. DJe 07/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71164177&num_registro=201700427891&data=20170407&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 10 jun. 2017.

⁷⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Tornozeleiras eletrônicas custam menos e já são realidade em MS**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/noticias/visualizarNoticia.php?id=32697>> Acesso em: 09 jun. 2017.

⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 513, de 2013**. Autoria: Senador Renan Calheiros. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&disposition=inline>> Acesso em: 12 jun. 2017.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo demonstrar que a concessão da prisão domiciliar à mãe presidiária, tanto no âmbito da prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, quanto no âmbito da prisão para execução da pena, disposta na Lei de Execução Penal, é viável e deve ser tomada como medida assecuratória dos direitos à dignidade e à convivência familiar e comunitária concedidos ao infante.

Os efeitos do cárcere ultrapassam a pessoa condenada, tornando a criança filha de mãe presidiária refém de um sistema, que viola seus direitos. Assim, a partir de uma análise crítica, tendo em consideração a falta de estrutura que os presídios oferecerem, poder-se-á mudar a situação de vulnerabilidade social em que estas crianças estão inseridas, em respeito aos direitos fundamentais, principalmente à convivência familiar e comunitária e ao princípio da proteção integral absoluta.

O ato decisório do intérprete jurídico deve estar pautado no aparato legal brasileiro, que possui vastas determinações de proteção integral e absoluta ao direito da criança. Sendo assim, tal ato deve seguir uma linha de raciocínio e coerência no sentido de zelar pelos direitos dos infantes.

Ademais, objetivou evidenciar, através das análises do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres, que escassos são os presídios que dispõem de uma estrutura própria e adequada ao cuidado das crianças que ali são acolhidas.

Apesar do Brasil ter inúmeras legislações no sentido de proteger a criança, filha de presidiária, que está dentro do cárcere, a execução desses mandamentos são extremamente deficientes, isso quando há a execução da lei.

Levando em consideração a deficiência com que as políticas públicas são aplicadas, bem como sendo o Poder Judiciário o órgão competente para a aplicação da prisão domiciliar, deve este Poder prezar o máximo pelo direito à dignidade e convivência familiar da criança, analisando o caso concreto e, sempre que possível, concedendo essa medida para que o poder punitivo do Estado não reitere as violações de direitos fundamentais do infante. Outrossim, o

Estado é responsável pela preservação dos direitos infantis, não devendo figurar no papel de maior violador de direitos.

Assim, percebe-se que o Marco Legal da Primeira Infância é uma conquista aos direitos das crianças, pois, em que pese a existência anterior de previsão normativa, na Constituição Federal, e no 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, sendo necessária maior atenção às crianças que se encontram nessa situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOWLBY, John. **Cuidados Maternos e Saúde Mental**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Art. 226. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016. **Marco Legal da Primeira Infância**. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Nacional Penitenciário. **Diagnóstico Nacional de Mulheres Encarceradas, de 2008**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/doutrina/Mulheres%20Encarceradas.pdf> Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, de junho de 2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 326700 de São Paulo**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Data de julgamento: 23/05/2017. Data de Publicação: 30/05/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601839576> Acesso em: 02 jun. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 365633** de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 18/05/2017. Data de Publicação: 25/05/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+prisao+domiciliar+condenada+filho&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 378645** de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data de Julgamento: 04/05/2017. Data de Publicação: 10/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC+378645&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 02 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 390211 de São Paulo**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Órgão Julgador: Quinta Turma. DJe 07/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71164177&num_registro=201700427891&data=20170407&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 76612 de Minas Gerais**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. DJe 05/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72488387&num_registro=201602575037&data=20170605&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 10 jun. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>> Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. **Tornozeleiras eletrônicas custam menos e já são realidade em MS**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/noticias/visualizarNoticia.php?id=32697>> Acesso em: 09 jun. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In CURY, Munir (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. apud LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CURY, Munir *et alii*. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 2.ed. São Paulo: RT, 200. p. 19. apud. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa é Pena?**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINIZ, Debora. Cadeira: **Relatos sobre mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal: revista e atualizada por Renato N. Fabbrini**. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79. apud. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195. apud FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIZZINI, Irene. **A assistência à infância no Brasil: uma análise de sua construção**. Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1993. p. 96. apud. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral - uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163-164. apud. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. rev. e de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.