

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

POLIANE ABREU DA CRUZ

**A NÃO CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR ÀS MULHERES PRESAS POR
CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, ANTE O PRINCÍPIO
DA IGUALDADE**

SERRA/ES

2019

POLIANE ABREU DA CRUZ
FACULDADES DOCTUM DE SERRA

**A NÃO CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR ÀS MULHERES PRESAS POR
CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, ANTE O PRINCÍPIO
DA IGUALDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Penal
Professora Orientadora: Fabiane Aride
Cunha.**

SERRA/ES

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **A NÃO CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR ÀS MULHERES PRESAS POR CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, ANTE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**, elaborado pela aluna **POLIANE ABREU DA CRUZ** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das FACULDADES DOCTUM DE SERRA, como requisito parcial da obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO.

(Cidade), ____ de _____ 20__

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente artigo procurou verificar a possibilidade de estender a medida de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar às mães e gestantes, como estabelece o artigo 318-A, inc. I do Código de Processo Penal, presas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça, tendo como base a decisão do Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP. Com o advento do artigo 318-A, inc. I do Código de Processo Penal, em 2018, ficou obstada a possibilidade de prisão domiciliar para as mães e mulheres que cometerem crimes com violência ou grave ameaça, portanto, faremos uma análise quanto ao seu cumprimento.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Prisão Domiciliar. Código de Processo Penal.

ABSTRACT

The present article sought to verify the possibility of extending the measure of conversion from pre-trial detention to house arrest to mothers and pregnant women, as established in article 318-A, inc. I of the CPP, arrested for crimes committed with violence or serious threat, based on the decision of the Minister of the Supreme Court, Ricardo Lewandowski, in Habeas Corpus No. 143.641/SP. With the advent of Article 318-A, inc. I of the Criminal Procedure Code, in 2018, prevented the possibility of house arrest for mothers and women who commit crimes with violence or serious threat, so we will make an analysis as to its compliance.

Keywords: Preventive Prison. Home prison. Code of Criminal Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 AS PRISÕES E SUAS MODALIDADES.....	3
2.1 Da prisão em flagrante.....	8
2.2 Da prisão temporária.....	8
2.3 Da prisão preventiva.....	8
2.4 Da prisão domiciliar.....	9
3 A LIBERDADE PROVISÓRIA E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	9
3.1 O instituto da liberdade provisória.....	10
3.2 Das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.....	14
4 A PRIMEIRA INFÂNCIA E SEU MARCO LEGAL.....	18
4.1 A primeira infância.....	19
4.2 Marco legal da primeira infância instituído pela Lei 13.257/2016.....	20
5 TEORIA DO APEGO.....	27
6 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA ANÁLISE JUNTO AO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP.....	32
7 CONCLUSÃO.....	44
8 REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar em que medida a não conversão/concessão da prisão preventiva em prisão domiciliar de mulheres gestantes e mães de filhos na 1ª infância, presas por crimes cometidos com violência e/ou grave ameaça, fere o princípio da igualdade, em observância ao *Habeas Corpus* nº 143.641/SP¹.

Para tanto, serão levantadas duas hipóteses, uma delas se situará na impossibilidade da conversão/concessão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar às mulheres presas em estado de gravidez, uma vez que tal benefício não atinge crimes cometidos com violência ou grave ameaça, assim como preceitua o artigo 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal². Em sentido oposto, há quem entenda que é possível a relativização do referido artigo, quando o crime conter violência ou grave ameaça, em análise detalhada do caso concreto, tendo em vista o princípio constitucional do direito à igualdade.

Para concretizar o entendimento serão expostos os tipos de prisões aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, serão analisadas as consequências da não aplicação da prisão domiciliar para gestantes e mães, assim como o instituto da liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão para aplicação ao caso de gestantes e mães que cometeram crimes com violência ou grave ameaça e dissertar a respeito da primeira infância e seus desdobramentos legais com o advento da Lei nº 13.257/16³.

Utilizando a metodologia dedutiva será possível analisar as modalidades de prisões constantes no ordenamento pátrio, o instituto da liberdade provisória, as medidas cautelares que podem ser decretadas em favor do réu, o marco legal da primeira infância, bem como a Teoria do Apego de John Bowlby, psicanalista que elucidou sobre a importância do contato entre mãe e filho nos primeiros anos de vida para crescimento pleno e saudável da criança.

¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus coletivo nº 143.641*, Origem: 143641 - Supremo Tribunal Federal. Proced: São Paulo. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Pacte.(s) : Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Brasília, 20 Mar. 2018.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

Por fim, busca-se, através da jurisprudência, encontrar possíveis causas de relativização da possibilidade da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para mães de criança na primeira infância que cometeram o crime com violência ou grave ameaça, visto que tal benefício não atinge tal classe, sendo passível de violação de direitos fundamentais.

2 AS PRISÕES E SUAS MODALIDADES

Este trabalho tem como escopo o estudo do princípio da igualdade e sua análise junto ao Habeas Corpus nº 143.641/SP, que concedeu a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para mães de crianças na primeira infância, excetuando os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus próprios descendentes e em situações excepcionalíssimas:

Brasil. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143641. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 mar. 2018⁴.

Trata-se das constantes alterações provenientes do marco legal da primeira infância, dado pela Lei 13.257/16⁵, que alterou significativamente o artigo 318 do Código de Processo Penal⁶. Esse dispositivo vai de encontro ao que foi decidido no Remédio Constitucional acima mencionado pois propõe diversas medidas de proteção e desenvolvimento da criança e não coaduna com decisão de somente conceder direitos a mulheres presas por crimes sem violência ou grave ameaça.

A Lei n. 13.257/16 inseriu dois novos incisos no art. 318 do Código de Processo Penal, que trata da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar no inciso IV, que versa especificamente sobre a substituição de prisão preventiva

⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus coletivo nº 143.641*, Origem: 143641 - Supremo Tribunal Federal. Proced: São Paulo. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Pacte.(s) : Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Brasília, 20 Mar. 2018.

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

⁶BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

por prisão domiciliar nos casos em que a acautelada preventivamente goze da condição de gestante. Já no inciso V temos o texto legal indicando que as mulheres presas poderão ter suas conversões de prisões até o limite de doze anos de idade dos filhos.

O referido dispositivo legal versa sobre direitos e aplicação de políticas públicas voltadas para as crianças, adolescentes e jovens. Informa, ainda, qual idade da criança é considerada primeira infância: os primeiros 06 (seis) anos ou 72 (setenta e dois) meses de idade, senão vejamos:

Art. 1º Esta lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

Art. 2º Para os efeitos 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.

Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral⁷.

Ainda, estabelece o Código de Processo Penal no seu Art. 318:

Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011⁸).

Os incisos V e VI, do art. 318, CPP concedem ao julgador a possibilidade de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos em que o suposto

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

⁸BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

agente da conduta delituosa autorizadora da medida extrema seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos, vejamos:

Art. 318: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011⁹).

Em observância a Lei nº 13.257/16, que alterou o Estatuto da Primeira Infância e o Código de Processo Penal, pelo qual fica permitida a possibilidade de conversão/concessão de prisão preventiva em prisão domiciliar de mulheres gestantes e/ou mães de criança de 0-12 anos de idade, constata-se que é de suma importância jurídica e social verificar as motivações fundamentadas para indeferimento de tal instituto nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, analisando se houve ou não violação ao princípio processual penal e constitucional da igualdade, vejamos:

Lei 13.257/16: Esta lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano¹⁰.

Art. 318: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011¹¹).

A modificação feita pela Lei nº 13.257/16 foi extremamente salutar definindo

⁹BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

¹⁰ Lei nº 13.257/16; Op. Cit.

¹¹BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

princípios, diretrizes, direitos, programas, serviços e projetos direcionados a crianças de até 72 meses, pondo em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana (especialmente das mulheres e das crianças).

As características e particularidades de algumas modalidades de prisões são intrínsecas ao tema proposto. Sobre o conceito de prisão, leciona Guilherme de Souza Nucci que a prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere¹². As modalidades de prisão efetivamente serão aplicadas em último caso, pois não havendo necessidade de sua decretação, a liberdade provisória e a aplicação das medidas cautelares é a providência cabível. A liberdade provisória é à medida que restitui a liberdade do preso durante a fase investigativa e a fase processual da persecução penal. Com o advento da Lei 12.403/2011¹³, há a possibilidade de sua concessão vinculada às medidas cautelares alternativas, diversas da prisão. Por meio da liberdade provisória, o acusado de um crime, uma vez satisfeitos os requisitos legais, poderá aguardar em liberdade o desfecho do processo, podendo a medida ser reavaliada a qualquer tempo.

Dentro do Processo Penal, as medidas cautelares se caracterizam como ações que buscam assegurar a normal apuração do crime, prevenindo qualquer tipo de interferência na investigação do delito. Para tanto, aplicam-se as medidas cautelares a fim de evitar danos até o julgamento do mérito em questão. Além da prisão domiciliar, a Lei nº 12.403/2011 inseriu no cenário processual penal medidas cautelares, restritivas da liberdade, todavia, diferentes da prisão:

Prisões, Medidas Alternativas e Liberdade. (Nucci, Guilherme de Souza. p. 137, 2017)

Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão:
I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 641p.

¹³ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica¹⁴.

Deve ser observado o tratamento uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades. Oportunidades devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da vida, visto que se imagina uma igualdade mais diversa daquela apenas formalizada em face da lei.

Por força do dever de respeito, o direito à igualdade proíbe que o Estado adote medidas discriminatórias arbitrárias, sem justificativa, isto é, as leis não podem estabelecer distinções de classes, como se houvesse cidadãos de categorias diversas.

Como defensor principal da Constituição Federal, o STF deve ampliar o alcance da lei para ficar em conformidade com o princípio da igualdade, norteador do direito penal, ante a análise do Habeas Corpus nº 143.641/SP¹⁵, que restringiu o alcance do dispositivo de prisão domiciliar para mulheres presas.

O doutrinador Pedro Lenza, leciona sobre o assunto:

O princípio da igualdade conforme a Constituição Federal de 1988, preceitua que todos têm direitos e, ao serem violados, podem, por meio da Justiça, conseguir minimizar as consequências trazidas por tal violação, sendo o Estado responsável por trazer ao indivíduo a justiça esperada, tendo que agir com imparcialidade para, assim, não cometer um ato de injustiça¹⁶.

O Princípio da Igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e

¹⁴BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus coletivo nº 143.641*, Origem: 143641 - Supremo Tribunal Federal. Proced: São Paulo. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Pacte.(s) : Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Brasília, 20 Mar. 2018.

¹⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 167p.

direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio da igualdade na sua dupla dimensão: formal e material¹⁷.

2.1 Da prisão em flagrante

Conceitua-se prisão em flagrante o ato evidente que pode ser observado no exato momento de sua ocorrência. Nesse sentido, entende-se que a prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (art. 5.º, LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária.

2.2 Da prisão temporária

A prisão temporária, prevista em lei extravagante, tem finalidades e pressupostos peculiares, portanto, pode ser observado que se trata de uma espécie de prisão decretada no curso da investigação policial e tem, conseqüentemente, funções e objetivos especificamente ligados à investigação preparatória, com prazo expressamente determinado em lei.

Tem por função principal assegurar a eficácia da investigação policial, por isso não pode ser aplicada em casos que a ação penal já esteja em curso, podendo ser decretada por representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade de o juiz decretá-la de ofício.

2.3 Da prisão preventiva

A prisão preventiva, como é sabido, destina-se a garantir a ordem pública, permitir à regular instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, em caso de condenação, ante a presença de dois pressupostos legais (a materialidade dos fatos e indícios suficientes de autoria) evidenciando que essa prisão não é definitiva; eis

¹⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1172p.

então a sua provisoriedade.

Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, desde que sejam devidamente respeitados os requisitos estabelecidos em lei. Nesse sentido Frederico Marques citado por Guilherme de Souza Nucci, leciona que existem ainda quatro pressupostos infralegais para aplicabilidade de tal medida, quais sejam: a natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como nos casos de delitos culposos); probabilidade de condenação (*fumus boni juris*, ou seja, fumaça do bom direito); perigo na demora (*periculum in mora*); e controle jurisdicional prévio.

2.4 Da prisão domiciliar

A Lei nº 12.403/2011 criou a prisão domiciliar para a fase processual, prevendo hipóteses de cumprimento da prisão preventiva em residência, fora do cárcere fechado. No artigo 317 do CPP mostra-se o conceito de Prisão Domiciliar, assim dispondo:

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. A prisão domiciliar constitui faculdade do juiz e não necessariamente direito implícito do acusado, todavia, não significa que a sua concessão se submete ao crivo do magistrado, algo que poderia afrontar à legalidade.

Se o acusado, cuja prisão preventiva é decretada, preenche uma ou mais das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo possibilidade, justa causa e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar.

3 A LIBERDADE PROVISÓRIA E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A CRFB/88 em seu artigo 1º, Inciso III¹⁸, prevê a dignidade da pessoa humana, princípio que se configura com fundamental relevância, uma vez que repercute sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, é essencial o papel do Estado, o qual precisa tomar providências, de modo que os indivíduos tenham

¹⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20abr. 2018.

condições mínimas para viver com dignidade¹⁹.

Conforme ensinamento de George Marmelstein²⁰ sobre os Direitos Fundamentais:

[...] são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Ainda à luz da CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso LIV, fica assegurado a todos a não privação da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal²¹, significa dizer, que ninguém terá a sua liberdade imposta ou será destituído de seus bens, sem que todas as formalidades legais sejam respeitadas²².

O princípio supracitado relaciona-se também com o princípio da legalidade, garantindo que o cidadão só será processado e punido, se necessário, se houver lei penal anterior que defina a conduta delituosa praticada, impondo-lhe sanção, além de se relacionar, também, com o da presunção de inocência²³.

3.1 O instituto da liberdade provisória

A liberdade provisória é a medida que restitui a liberdade do preso durante a fase investigativa e a fase processual da persecução penal. Com o advento da Lei 12.403/2011, há a possibilidade de sua concessão vinculada às medidas cautelares alternativas, diversas da prisão²⁴.

O artigo 5º, LXVI²⁵, também da CRFB/88, faz referência ao Instituto da Liberdade Provisória no qual nenhum indivíduo deverá ser levado ou mantido em prisão, quando couber a liberdade provisória permitida por lei, seja ela com ou sem

¹⁹TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

²⁰MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

²¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 abr. 2018.

²²RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 872.

²³NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33.

²⁴ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Curso Básico de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.160.

²⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 mar. 2018.

fiança, esta última somente pode ser concedida pelo magistrado, após a oitiva do representante do Ministério Público²⁶.

O CPP²⁷ fala sobre Liberdade Provisória nos artigos 310, inciso III e parágrafo único, 321 e 350, sendo um instituto no qual visa garantir ao autor da infração, o direito de ser mantido solto ou, no caso de estar preso, de ser posto em liberdade, para responder livre ao processo, conforme leciona Fernando Capez²⁸:

[...] Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas [...].

A restrição cautelar da liberdade somente se impõe quando sérios motivos levem à conclusão de que realmente essa medida de força se constitui na única hipótese que assegurará a administração da justiça e a paz social, posto que, de outra forma, revela-se atentatória²⁹ ao primado constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXVI, da CRFB/88³⁰.

Por meio da liberdade provisória, o acusado de um crime, uma vez satisfeitos os requisitos legais, poderá aguardar em liberdade o desfecho do processo, podendo a medida ser reavaliada a qualquer tempo³¹.

Sendo assim, pode-se concluir, desde logo, que a liberdade provisória pode ser concedida com ou sem fiança. Partindo dessa ideia, existem três hipóteses previstas pelo CPP em que a liberdade provisória poderá ser concedida sem fiança³².

A primeira delas, mencionada no parágrafo único do artigo 310 do CPP, diz respeito aos casos em que o juiz verifica pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato motivado por uma causa excludente da antijuridicidade,

²⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Curso Básico de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.160.

²⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 329.

²⁹ CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 329.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22mar. 2018.

³¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Curso Básico de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.153.

³² ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Curso Básico de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.153. BRASIL.

conforme previsto no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito)³³.

Outra hipótese de concessão da liberdade provisória, está prevista no artigo 321 do CPP, quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva. Nesse caso, o juiz poderá impor ao agente as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP³⁴.

Por fim, há a possibilidade, quando o agente, em razão de sua situação econômica, embora afiançável o delito, não puder prestá-la³⁵. Nesse caso, previsto no artigo 350 do CPP, é cabível a fiança, mas o agente não tem condições financeiras de prestá-la, sendo ela, então, substituída pelas obrigações constantes dos artigos 327 e 328 do CPP ou outras medidas cautelares³⁶.

Sob outra perspectiva, vemos a possibilidade de liberdade provisória com fiança. Fiança é a garantia real (pecúnia) prestada pelo acusado para obter a liberdade, destinada a garantir o cumprimento de suas obrigações durante o processo³⁷.

A fiança é admissível nas hipóteses em que o CPP não veda a sua concessão, portanto, a lei apenas discrimina os casos em que não se admitirá fiança, sendo ela cabível em todos os demais em que não haja vedação legal³⁸. Desta feita, não será admitida tal instituto nos seguintes casos, previstos nos artigos. 323 e 324 do CPP³⁹:

- a) nos crimes de racismo;
- b) nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;
- c) nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
- d) aos que, no mesmo processo tiverem quebrado fiança anterior mente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos. 327 e 328 do CPP;
- e) em caso de prisão civil e militar;

³³BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁴*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁵ARRUDA, Rejane Alves de. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.163.

³⁶*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁷RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 872.

³⁸RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 872.

³⁹*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

f) quando presente motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

As primeiras hipóteses em que não se admite a liberdade provisória com fiança são em ocorrência do cometimento de crimes inafiançáveis, vale dizer, racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes definidos como hediondos e os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, em consenso com o já determinado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV⁴⁰.

As últimas hipóteses se encontram elencadas no artigo 324 do CPP e se concretizam quando há quebra de fiança ou quando descumprido, sem justo motivo, as condições mencionadas nos artigos 327 e 328, ambos do CPP, em caso de prisão civil ou militar e quando se encontrarem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva⁴¹.

Tem-se que, quando concedida a fiança ao agente, o juiz irá lhe impor medidas a serem cumpridas no decorrer do processo e que estão previstas no artigo 350 do CPP, e assim, quando o acusado as infringe, sem justo motivo, ou dá causa à quebra da fiança, descumprindo os ônus processuais impostos nos artigos 327, 328 e 341 do CPP, a fiança não poderá ser novamente concedida no mesmo processo⁴².

Considera-se quebrada a fiança quando o beneficiário deixou de respeitar as condições fixadas pelo juiz para que pudesse aguardar em liberdade o seu julgamento, por tal razão, teve a fiança considerada quebrada⁴³. As hipóteses de quebra de fiança encontram-se elencadas no artigo 341 do CPP⁴⁴:

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:
– regularmente intimado para o ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 abr. 2018.

⁴¹ *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 220.

⁴³ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 220.

⁴⁴ *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

- deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III
- descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV – praticar nova infração penal dolosa.

Algumas são as consequências da quebra da fiança, quais sejam: a) a perda da metade do seu valor; b) o réu não poderá, naquele processo, prestar uma segunda fiança (CPP, art. 324, I); c) expedir-se-á contra o réu o competente mandado de prisão, se, porventura, ele próprio não se recolher à cadeia; d) enquanto não for preso, o processo correrá à sua revelia⁴⁵.

No que tange à prisão cível ou militar, ambas possuem caráter diverso da prisão cautelar, assim não seria cabível a prestação de fiança, pois seu objetivo, como regra, é o de compelir o preso ao cumprimento de uma obrigação ou então o de aplicar-lhe uma sanção disciplinar. A concessão de fiança para essas hipóteses tornaria essas medidas absolutamente inócuas⁴⁶.

Finalmente, não será, também, concedida a fiança quando estiverem presentes os requisitos para decretação da preventiva. Ora, nada mais lógico. Se a liberdade do réu/acusado for ameaça à sociedade, ao processo ou à lei penal, não poderá ser concedida ao mesmo a liberdade provisória sob pagamento de fiança⁴⁷.

Por fim, vale destacar que a opção entre a liberdade provisória com ou sem fiança não é aleatória, devendo ser condicionada à garantia dos atos processuais e de sua efetividade. Existem casos em que a liberdade provisória será concedida, sem nenhuma providência que a acompanhe, nem mesmo a fiança, porque não houve demonstração de sua necessidade e, em função disso, toda medida restritiva precisa ser justificada fundamentadamente, sob pena de padecer de justa causa⁴⁸.

Nas infrações infiançáveis, a liberdade provisória só poderá ser acompanhada de outras providências cautelares previstas no art. 319 do CPP, nunca da fiança diante da vedação legal⁴⁹.

Desse modo, a liberdade provisória será concedida obrigatoriamente, mas a fiança, assim como qualquer outra medida cautelar alternativa à prisão provisória,

⁴⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 643.

⁴⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 222.

⁴⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 222.

⁴⁸CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343.

⁴⁹CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343.

somente será imposta se necessária para garantir o processo⁵⁰.

3.2 Das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal

Inicialmente, é indispensável definir, mesmo que brevemente, o conceito de medidas cautelares. Nesse sentido, Renato Brasileiro possui um conceito interessante acerca das medidas cautelares⁵¹:

São aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade.

Dentro do Processo Penal, as medidas cautelares se caracterizam como ações que buscam assegurar a normal apuração do crime, prevenindo qualquer tipo de interferência na investigação do delito. Para tanto, aplicam-se as medidas cautelares a fim de evitar dano, até o julgamento do mérito em questão⁵².

Além da prisão domiciliar, a Lei nº 12.403/2011 inseriu no cenário processual penal medidas cautelares, restritivas da liberdade, todavia, diferentes da prisão. Dispõe o artigo 319 do código de processo penal⁵³:

Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão:

- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

⁵⁰CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343.

⁵¹BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014. p. 774.

⁵²ARRUDA, Rejane Alves de. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.164.

⁵³*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- monitoração eletrônica.

As medidas cautelares alternativas à prisão, ao serem impostas pelo juiz, não podem ser impostas sem necessidade e adequação, bastando que haja investigação ou processo, tendo em vista que tais determinações restringem a liberdade individual, motivo pelo qual devem ser fundamentadas⁵⁴.

Tais medidas somente podem ser decretadas pelo juiz, isolada ou cumulativamente, sendo que durante a ação penal, poderão ser decretadas de ofício ou a requerimento das partes e, no curso da investigação criminal, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público⁵⁵.

Diante de várias medidas alternativas, as mesmas são diferenciadas em restrições à liberdade de locomoção e restrição a atividades profissionais.⁵⁶No tocante a primeira hipótese, os incisos I, II, IV, V, VII e IX tratam acerca de tal restrição, já em relação à segunda presunção o inciso VI cuida de tal limitação⁵⁷.

As previstas nos incisos I, II e IV se encontram implantadas nos requisitos da concessão do *sursis* processual e a prevista no inciso III, originariamente inserida na Lei 11.340/2006⁵⁸ (Lei Maria da Penha), é a proibição de contato com determinadas pessoas do processo⁵⁹.

A hipótese do artigo 319, inciso V, do CPP, qual seja, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, segundo Fauzi Hassan Choukr:

⁵⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.620.

⁵⁵ARRUDA, Rejane Alves de. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.163.

⁵⁶CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 667.

⁵⁷*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁵⁸BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

⁵⁹CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 669.

[...] deve ser aplicada com comprovações idôneas, com identificação da pessoa suspeita ou investigada, não devendo ser acatada, como regra geral, comprovação em nome de terceiros. Nessas hipóteses, a imposição dessa medida deve ser desestimulada quando aplicada de forma isolada ou deve vir, prudentemente, acompanhada de medida complementar⁶⁰.

No que tange à monitoração eletrônica, prevista no inciso IX, antes prevista apenas no curso da execução penal, pode ser determinada por ordem judicial, devendo o acusado adotar os cuidados necessários com o equipamento, além de abster-se de remover, violar, modificar, danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica, ou de permitir que outrem o faça⁶¹.

Já com relação às outras medidas alternativas, tem-se a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais⁶².

O afastamento aqui tratado, a princípio, é das funções públicas, todavia, através de entendimento doutrinário surge a possibilidade de imposição da medida também a quem não ostenta a condição de funcionário público, tendo em vista que o artigo 319, VI, do CPP, além de contemplar a suspensão do exercício de função pública, insere também a suspensão de atividade de natureza econômica⁶³.

Ainda há a possibilidade de internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável e houver risco de reiteração, nos casos do inciso VII do artigo 319 do CPP⁶⁴.

Além disso, as medidas cautelares, de natureza prisional ou não, somente podem incidir quando o delito cometido for apenas isolada, cumulativa ou alternativamente com pena restritiva de direito. Portanto, uma contravenção penal punida exclusivamente com multa ou mesmo o crime do art. 28 da Lei Antidrogas não estão sujeitos a qualquer medida cautelar introduzida pela Lei nº 12.403, de 4

⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 670.

⁶¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

⁶² BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 15 abr. 2018.

⁶³ AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 423.

⁶⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

de maio de 2011⁶⁵.

A prisão provisória ou cautelar não pode ser vista como reconhecimento antecipado de culpa, pois o juízo que se faz, ao decretá-la, é de periculosidade e não de culpabilidade⁶⁶.

Desta feita, diante de cada caso específico de crimes cometidos por mulheres gestantes e/ou mães de criança com 0-12 anos de idade, deve ser averiguada a possibilidade de reversão da pena restritiva de liberdade para pena restritiva de direito, sendo impostas medidas cautelares diversas da prisão ou, caso não estejam presentes os requisitos motivadores de tal medida, a precaução cabível é a decretação da liberdade provisória, para que não sejam cometidos atos atentatórios a justiça, possibilitando uma boa gestação, um parto tranquilo para segurança da gestante e do nascituro, bem como às crianças viverem a infância como valor em si mesmo.

4 A PRIMEIRA INFÂNCIA E SEU MARCO LEGAL

É de suma importância que seja dada a devida atenção à primeira infância no Brasil, garantindo inicialmente a sobrevivência do infante. De maneira geral, é possível salvar a vida de milhares de crianças com ações muito simples que se iniciam desde a concepção até a cobertura das vacinas primordiais. Além disso, outras inúmeras ações simples na natividade e no período pós-parto também podem ser de grande impacto⁶⁷.

Garantidas as condições mínimas para a sobrevivência, instala-se a preocupação com o bom desenvolvimento físico, intelectual e emocional, existindo uma infinidade de estudos nas áreas da psicologia e educação que demonstram a importância da atenção nos primeiros anos de vida⁶⁸.

O período da primeira infância privada dos nutrientes afetivos fundamentais para o desenvolvimento saudável do ponto de vista psíquico, social e cultural resulta em adultos dentro de modelos corruptos, consumistas, predatórios, competitivos e

⁶⁵ AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 425.

⁶⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 770.

⁶⁷ BARROS, Ricardo Paes de; BIRON, Lisa; CARVALHO, Mirela de. Determinantes do desenvolvimento na primeira infância no Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, mar. 2010, p. 671. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 3 abr.2018.

⁶⁸ BARROS, Ricardo Paes de; BIRON, Lisa; CARVALHO, Mirela de. Determinantes do desenvolvimento na primeira infância no Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, mar. 2010, p. 671. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 3 abr.2018.

de dominação que transmitimos às novas gerações⁶⁹.

De fato, os primeiros seis anos são fundamentais para a constituição da pessoa. Achados recentes da Neurociência oferecem evidências de que acontecimentos precoces de natureza física, emocional, social e cultural permanecem inscritos por toda vida⁷⁰.

Consequente, é possível, e de certa forma, mais eficiente, lançar os valores e fundamentos éticos da cidadania na primeira fase da vida, uma vez que a criança é dotada de capacidade absorvente, isto é, a criança é aquela que tudo recebe, julga com imaturidade, pouco recusa ou reage, construindo seu conteúdo mental a partir do alimento social e assim acumula experiências que serão utilizadas para a construção de sua vida⁷¹.

4.1 A primeira infância

A primeira infância corresponde ao período que vai desde a concepção do bebê, sua gestação, até os seis anos de idade da criança⁷², tornando-se um período crucial no qual ocorre o desenvolvimento de estruturas e circuitos cerebrais, bem como a aquisição de capacidades fundamentais que permitirão o aprimoramento de habilidades futuras mais complexas⁷³.

Crianças com desenvolvimento integral saudável durante os primeiros anos de vida têm maior facilidade de se adaptarem a diferentes ambientes e de adquirirem novos conhecimentos, contribuindo para que posteriormente obtenham um bom desempenho escolar, alcancem realização pessoal, vocacional e

⁶⁹ FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁷⁰ FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁷¹ FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁷² FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁷³ BRETANI, A. V. et al O Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem. *Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância*, São Paulo, 2014. Disponível em:<https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2013/08/impacto_desenvolvimento_primeira_inf%C3%A2ncia_aprendizagem_NCPI.pdf> Acesso em: 27 abr.2018.

econômica e se tornem cidadãos responsáveis⁷⁴.

A aprendizagem inicia-se desde o começo da vida. Muito antes de a criança entrar na escola, enquanto cresce e se desenvolve em todos os domínios (físico, cognitivo e sócio emocional), ela aprende nos contextos de seus relacionamentos afetivos. Especialmente na primeira infância, a aprendizagem é fortemente influenciada por todo o meio onde a criança se encontra e com o qual interage⁷⁵.

A criança aprende no ambiente de seus relacionamentos, que por sua vez afetam todos os aspectos de seu progresso. Portanto, a promoção do desenvolvimento integral saudável, com nutrição e cuidados de saúde adequados, ambiente familiar afetivo, seguro e estimulante, relações estáveis e incentivadoras, além da oferta de educação de qualidade, fornecem o alicerce para que cada criança viva bem no presente e alcance seu potencial pleno no futuro⁷⁶.

4.2 Marco legal da primeira infância instituído pela Lei 13.257/2016

O texto final do Marco Legal da Primeira Infância foi finalmente aprovado no Congresso Nacional, sem ressalvas, pela presidente Dilma Rousseff no dia 8 de março de 2016⁷⁷. Tal regulamentação é adotada no ordenamento jurídico pátrio, em concordância com o artigo 227 da Constituição da República⁷⁸ e da Convenção de Direitos da criança, ratificada pelo Brasil e incorporada por meio do Decreto n.

⁷⁴ BRETANI, A. V. et al O Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem. *Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2013/08/impacto_desenvolvimento_primeira_inf%C3%A2ncia_aprendizagem_NCPI.pdf> Acesso em: 27 abr.2018.

⁷⁵ BRETANI, A. V. et al O Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem. *Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2013/08/impacto_desenvolvimento_primeira_inf%C3%A2ncia_aprendizagem_NCPI.pdf> Acesso em: 27 abr.2018.

⁷⁶ FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁷⁸ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> Acesso em: 24 abr. 2018.

99.710, de 21 de novembro de 1990⁷⁹, além do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁰.

A Lei nº 13.257/2016, conhecida como Estatuto da Primeira Infância, promoveu importantes alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Consolidação das Leis Trabalhistas e também no Código de Processo Penal, objetivando estabelecer princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano⁸¹.

Segundo a autora Katia Maciel,⁸² o primeiro argumento para a elaboração de uma lei especial para a primeira infância diz respeito à valorização da família nuclear, muitas vezes mono parental, e à maior inserção da mulher nos vários campos da atividade econômica, social, cultural e política, que carece de apoio do Estado para auxiliá-la no cuidado e educação de seus filhos pequenos⁸³.

O segundo argumento refere-se à efetivação da justiça social, pois enquanto algumas crianças, por disporem de condições econômicas favoráveis, têm um ambiente estimulante de desenvolvimento na família e em instituições, outras são excluídas, acentuando-se e agravando-se as diferenças de desenvolvimento e aprendizagem⁸⁴.

Maria Carvalho do Amaral Vieira⁸⁵ explica que o Marco Legal da Primeira Infância é resultado de movimentos iniciados a partir dos anos 2000 no Brasil:

⁷⁹ BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 4 mai.2018.

⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 4 mai.2018.

⁸¹ MASI, Carlo Velho. O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, mar. 2016. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>> Acesso em: 4 mai.2018.

⁸² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

⁸³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

⁸⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 2 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

⁸⁵VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 537/538.

[...] Vale lembrar que o Marco Legal da Primeira Infância é ainda resultado de um movimento extremamente atuante em prol da Primeira Infância, iniciado a partir dos anos 2000 no País. Em 2006 foi criada a Rede Nacional da Primeira Infância, de composição múltipla, agregando representantes de todos os segmentos da sociedade brasileira. A partir dessa rede é que começa a construção de uma proposta de políticas específicas para esse segmento, que resultou no Plano Nacional pela Primeira Infância (PNPI), aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em 2010. Tal documento serviu para aglutinar setores da sociedade em torno da importância de se regular os direitos específicos dessa faixa etária, traduzindo o avanço das pesquisas científicas numa linguagem mais palpável para gestores e a sociedade como um todo⁸⁶.

A partir deste momento, uma vasta e profunda produção de textos a respeito foi produzida ao longo de diversas discussões ocorridas na Câmara dos Deputados para a apreciação do Projeto de Lei n. 6.998 de 2013, de autoria do Deputado Osmar Terra e outros parlamentares, a fim de que fosse alterado o Estatuto da Criança e do Adolescente para dispor sobre a primeira infância⁸⁷.

Em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, audiências públicas, seminários regionais, reuniões técnicas, contribuições da sociedade civil, do governo, de especialistas das universidades e contribuições apresentadas por parlamentares foram responsáveis pela construção da nova lei que estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas voltadas ao cuidado integral e integrado de crianças desde a concepção até os seis anos de idade⁸⁸.

Após as alterações promovidas no Código de Processo Penal, talvez, seja mais nítido e apareça com mais força a compreensão quanto à importância do convívio entre pais e filhos.

A Lei n. 13.257/2016 deu nova redação aos artigos 6º, 185, 304 e 318 do Código de Processo Penal.⁸⁹Os três primeiros artigos, de um modo geral, dizem respeito à qualificação do indiciado no inquérito policial, acusado no processo judicial e autuado no auto de prisão em flagrante. O Marco Legal da Primeira Infância acrescentou a obrigação das autoridades de averiguar e colher informações

⁸⁶VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 537/538.

⁸⁷VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 538.

⁸⁸VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 537/538.

⁸⁹*Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

sobre a existência de filhos menores de idade ou deficientes das pessoas presas.⁹⁰

O artigo 6º do Código de Processo Penal traz uma série de providências que deverão ser tomadas pela autoridade policial, o Delegado de Polícia, logo após ele ter conhecimento da prática da infração penal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.⁹¹

O artigo 304 do Código de Processo Penal, que trata sobre a prisão em flagrante, de igual jeito foi modificado para que esta informação colhida pelo delegado conste expressamente do auto⁹².

Art. 304 [...] § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Tal prática é de vital relevância para a preservação dos menores que têm seus pais ou guardiões detidos, isso pois, é fundamental que sejam imediatamente acolhidos pelas autoridades, as quais são responsáveis por averiguar quem poderá ser responsabilizado por essas crianças e dar imediato encaminhamento para minimizar as trágicas consequências psicológicas daquele que se vê destituído da figura materna ou paterna⁹³.

A finalidade do dispositivo decorre da regra do artigo 227 da Constituição Federal, que impõe vários deveres ao Estado, notadamente de proteção na maior medida possível à criança e ao adolescente, tudo como forma de que sejam adotadas providências mais rápidas e eficazes para a proteção dos menores ou incapazes enquanto durar a prisão daqueles que possuíam o exercício do poder familiar.

⁹⁰ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 35.

⁹¹ *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

⁹² *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

⁹³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 35.

Esta providência mostra-se relevante mesmo que haja outro parente que também exerça o poder familiar e não esteja presa, para que se evite a todo custo um sofrimento demasiado que possa causar prejuízos irreparáveis⁹⁴.

Ainda, de acordo com a nova redação do artigo 185 do Código de Processo Penal, o magistrado tem a obrigação de, durante o interrogatório judicial, averiguar se o réu possui filhos e quem está responsável por seus cuidados⁹⁵.

Art. 185 [...] § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Certamente estas informações coletadas devem ser enviadas para a equipe psicossocial do sistema prisional e para o Ministério Público, a fim de que sejam adotadas medidas de proteção acerca da prole do preso, cuidando para que esta tenha um responsável e, se possível, mantenha convivência familiar com o genitor⁹⁶.

A alteração legislativa mais sensível, no entanto, corresponde ao acréscimo das causas que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, previstas no artigo 318 do Código Processual Penal. O Marco Legal da Primeira Infância, visando a Proteção Integral e o Melhor Interesse das crianças que possuem seus pais detidos, alterou e acrescentou incisos no artigo 318 do Código de Processo Penal⁹⁷:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]
 –gestante
 - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos
 - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
 Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Renato Brasileiro de Lima⁹⁸ discorre que, considerando certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão

⁹⁴ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.

⁹⁵ *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

⁹⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 3. 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

⁹⁷ *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 maio. 2018.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1021.

domiciliar objetiva tornar menos desumana a segregação cautelar, ao permitir que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência⁹⁹.

Esclarece, ainda, que nada diz a lei quanto à natureza do crime como requisito para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, tendo em vista que o benefício em comento é aplicável a qualquer espécie de infração penal, tendo ou não natureza hedionda, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos alternativos do art. 318 do CPP¹⁰⁰.

O inciso IV do artigo 318 do CPP, anteriormente, previa a possibilidade de prisão domiciliar para a gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Atualmente é cabível a conversão para qualquer gestante, independente do estágio de gravidez, ora, trata-se, sem sombra de dúvida, de um grande e louvável avanço para a mulher encarcerada grávida, resguardando sua dignidade e especialmente a integridade do nascituro¹⁰¹.

Portanto, não deve o Juiz ficar adstrito ao elevado risco ou a uma determinada fase da gravidez para só em casos tão restritos conceder a prisão domiciliar, de modo que inúmeros casos podem demandar essa aplicação, sendo a mais evidente, conforme discorrem Vieira e Veronese¹⁰² no livro “Crianças Encarceradas”, as precárias condições do sistema carcerário brasileiro. Diz-se isto posto que pouquíssimos estabelecimentos prisionais estão aptos a acolher mulheres grávidas e dar a assistência humanitária e sanitária de que necessitam e de que não se pode abrir mão em hipótese alguma, por piores que tenham sido os crimes dos quais estejam respondendo¹⁰³.

As duas hipóteses novas de cabimento da prisão domiciliar são os incisos V e VI do art. 318 do CPP, os quais determinam essa modalidade para mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou para homens, no caso que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade

⁹⁹LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1021.

¹⁰⁰LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1021.

¹⁰¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 648.

¹⁰²VERONESE, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da Criança na Execução Penal Feminina da Pena Privativa de Liberdade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 1-7.

¹⁰³VERONESE, Josiane Rose Petry; Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da Criança na Execução Penal Feminina da Pena Privativa de Liberdade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 1-7.

incompletos¹⁰⁴.

Por conseguinte, a lei não se destina apenas à proteção da mulher gestante ou com filho na primeira infância, mas nomeadamente da criança, que é o ser mais prejudicado com o afastamento do convívio com os pais presos, considerando o reconhecimento de que mulheres e homens podem ser indispensáveis aos cuidados de crianças e dá margem ao juiz criminal para que analise o caso concreto e possibilite que o infante não perca imediatamente a possibilidade de convivência com o genitor¹⁰⁵.

Vale destacar ainda o argumento levantado por Rômulo de Andrade Moreira¹⁰⁶ de que o artigo 318 tem caráter processual substancialmente material, porque trata-se de direito fundamental do cidadão, que é o direito de liberdade, materialmente assegurado pelo art. 5º, LXVI, da Constituição Federal¹⁰⁷.

Desta maneira, atrai a regra de direito intertemporal penal, e não processual, ou seja, é passível de aplicação retroativa, isto é, segundo o autor, a partir de agora, é preciso que os Juízes e Tribunais revejam todos os casos em que réus ou indiciados estão presos provisoriamente e estejam em uma das situações indicadas nos três últimos incisos do art. 318 modificados, devendo fazer de ofício¹⁰⁸.

Por todo o exposto, percebemos que o objetivo da Lei nº 13.257/2016 foi enfatizar os cuidados para com esta faixa etária da pessoa humana, estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas integradas, direcionados para os seus direitos especiais, tendo em vista que são mais específicos, haja vista que no período de vida de 0 até 6 anos ocorre a maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano. A lei, no entanto, acabou por seguir mais adiante ao aperfeiçoar normas preexistentes que cuidam de direitos

¹⁰⁴ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 648.

¹⁰⁵ MASI, Carlo Velho. O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>> Acesso em: 4 mai.2018.

¹⁰⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei nº 13.257/2016 ampliou a possibilidade da prisão domiciliar e deve ser aplicada imediatamente. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 17, n. 98, p. 11, jun./jul. 2016.

¹⁰⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei nº 13.257/2016 ampliou a possibilidade da prisão domiciliar e deve ser aplicada imediatamente. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 17, n. 98, p. 11, jun./jul. 2016.

¹⁰⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei nº 13.257/2016 ampliou a possibilidade da prisão domiciliar e deve ser aplicada imediatamente. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 17, n. 98, p. 11, jun./jul. 2016.

de todas as crianças e adolescentes¹⁰⁹.

Logo, é possível afirmar que a Lei tratada neste capítulo acabou por adentrar em questões que abrangem direitos além dos da primeira infância, tanto que da leitura inicial do Marco Legal da Primeira Infância tem-se a certeza que a sua função foi dar visibilidade aos direitos das gestantes e das crianças pequenas, de maneira que venham a usufruir de seus direitos de maneira mais efetiva, especialmente os que se referem aos cuidados específicos da pessoa humana desde a concepção¹¹⁰.

Grandes desafios na implementação da presente Lei sempre são esperados, pois, lamentavelmente, a falta de articulação da rede protetiva e a ineficiência das políticas públicas ainda são obstáculos para que nossas crianças possam usufruir plenamente de seus direitos fundamentais¹¹¹.

5 TEORIA DO APEGO

As observações sobre o cuidado inadequado na primeira infância e, conseqüentemente, o desconforto e a ansiedade de crianças pequenas relativos à separação dos cuidadores, levaram o psiquiatra, especialista em psiquiatria infantil, e psicanalista inglês John Bowlby a estudar os efeitos do cuidado materno sobre as crianças, em seus primeiros anos de vida. Bowlby impressionou-se com as evidências de efeitos adversos ao desenvolvimento, atribuídos ao rompimento na interação com a figura materna, na primeira infância¹¹².

John¹¹³ nasceu em Londres no dia 26 de fevereiro de 1907, atuando profissionalmente como psicólogo, psiquiatra e psicanalista e contribuiu para a ONU com um estudo sobre as necessidades das crianças sem lar, tendo falecido em 2 de

¹⁰⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7. 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

¹¹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7. 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

¹¹¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7. 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>27 abr. 2018.

¹¹² DALBEM, Juliana Xavier, AGLIO, Débora Dalbosco Dell'. *Teoria do Apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento*. Programa de Psicologia do Desenvolvimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672005000100003> Acesso em: 5 mai.2018.

¹¹³ TEODORO, Renata de Assis. *Uma Leitura Sobre a Teoria do Apego e Uma Aproximação Com a Metapsicologia o Conceito de Pulsão e Apego*. Monografia. p. 3. Pontifca Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

setembro de 1990¹¹⁴.

Bowlby¹¹⁵ possuía um interesse especial no desenvolvimento da criança, assim, desenvolveu a “Teoria do Apego”, relação dos instintos do bebê para a vinculação com a mãe (envolvendo não só a relação entre humanos, mas, também, o ambiente que estão inseridos)¹¹⁶.

Deste modo, para Bowlby¹¹⁷ o apego é um mecanismo naturalmente instintivo que regula a intensidade dos impulsos exploratórios da criança, visto que com este recurso ela evita de se afastar muito dos adultos, proporcionando a adaptação ao meio em que vive¹¹⁸. Portanto, o apego é um mecanismo básico das pessoas cuja função é estabelecer proximidade com as outras para constituir uma sensação de proteção e segurança, fortalecendo o comportamento da pessoa apegada¹¹⁹.

Segundo John Bowlby citado por Cristiano Nabuco de Abreu¹²⁰ o elo com os cuidadores desenvolvidos em nossa história é integrado em nossa estrutura de personalidade na forma de modelos internos e gerais de funcionamento que determinarão as características de si mesmo face às situações ao longo da vida¹²¹.

Bowlby atribui a saúde mental do indivíduo à qualidade dessa interação inicial e assinala que a ameaça de perda da figura do apego desperta na criança um sentimento intenso da ansiedade¹²².

O trabalho e a preocupação do psicanalista giravam em torno das questões de separações precoces entre mães e filhos, e a tentativa de entender como as condições ambientais pudessem influenciar de maneira marcante à personalidade da criança, pois, tal fator induz de forma determinante o desenvolvimento da

¹¹⁴ TEODORO, Renata de Assis. *Uma Leitura Sobre a Teoria do Apego e Uma Aproximação Com a Metapsicologia o Conceito de Pulsão e Apego*. Monografia. p. 3. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

¹¹⁵ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 224.

¹¹⁶ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 224.

¹¹⁷ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 224.

¹¹⁸ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 227.

¹¹⁹ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 227.

¹²⁰ ABREU, Cristiano Nabuco. *Teoria do Apego: fundamentos, pesquisas e implicações clínicas*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012. p. 14.

¹²¹ ABREU, Cristiano Nabuco. *Teoria do Apego: fundamentos, pesquisas e implicações clínicas*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012. p. 14.

¹²² BOWLBY, John. *Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p.17.

personalidade do infante, assim como o rompimento deste laço afetivo causa grandes prejuízos emocionais¹²³.

A Teoria do Apego postula, portanto, que a capacidade de formar e manter laços afetivos é o principal traço de saúde mental do indivíduo e que a busca de conforto e proteção nos momentos difíceis da vida sugere que este indivíduo confia nas pessoas pelas quais se vincula e terá também a capacidade de ajudar e acolher outra pessoa, caso seja necessário¹²⁴.

Ainda de acordo com as teorias do psicanalista, quando a mãe consegue interagir de maneira receptiva e atende às necessidades da criança pronta e adequadamente, demonstrando prazer e paciência ao interpretar os chamados do filho, conseguirá estabelecer uma base segura entre eles e com certeza, o relacionamento desabrochará de maneira tranquila e segura¹²⁵.

John¹²⁶ idealiza o vínculo entre mãe e filho como um ajustamento essencial para a vida humana, sendo tão importante quanto à necessidade de saciar a fome ou a sede, e de que qualquer outro comportamento é derivado por um processo de aprendizagem¹²⁷.

Os comportamentos de apego se referem a um conjunto de condutas inatas exibidas pelo bebê, que promove a manutenção ou o estabelecimento da proximidade com sua principal figura provedora de cuidados, a mãe, na maioria das vezes, encontrando-se incluso no repertório comportamental do apego o chorar, estabelecer contato visual, agarrar-se, aconchegar-se e sorrir¹²⁸.

O termo “base segura”, no contexto da Teoria do Apego, refere-se à confiança que o indivíduo tem numa figura particular, protetora e de apoio, que está disponível e é acessível, e a partir da qual se pode fazer uma exploração coparticipada. O comportamento de apego será eliciado quando o bebê estiver assustado, cansado, com fome ou sob estresse, levando-o a emitir sinais que podem desencadear a

¹²³ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 277.

¹²⁴ BOWLBY, John. *Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p.39.

¹²⁵ BOWLBY, John. *Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p.25.

¹²⁶ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 262.

¹²⁷ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 262.

¹²⁸ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 269.

aproximação e a motivação do cuidador¹²⁹.

O comportamento de apego traz segurança e conforto e possibilita o desenvolvimento a partir da principal figura do apego do comportamento de exploração, quando uma pessoa está apegada ela tem um sentimento especial de segurança e conforto na presença do outro e pode usar o outro como uma “base segura” a partir da qual explora o resto do mundo¹³⁰.

Muitas das emoções mais intensas surgem durante a formação, manutenção, rompimento e renovação de relações de apego.

O apego desenvolve-se durante os primeiros nove meses de idade de vida dos bebês humanos, dessa forma, quanto mais experiências de interação social um bebê tiver com uma pessoa, maiores são as probabilidades de que ele se apegue a essa pessoa, tornando-se a principal figura de apego de um bebê aquela pessoa que lhe dispensar a maior parte dos cuidados maternos¹³¹.

O comportamento de apego mantém-se ativado até o final do terceiro ano de vida; no desenvolvimento saudável, torna-se, daí por diante, cada vez menos reforçado, embora o comportamento de apego nunca desapareça por completo¹³².

Vale destacar ainda que pesquisas tem demonstrado que a interação com figuras de apego seguro permite que a pessoa se mova em direção ao ideal defendido pela psicologia positiva, ou seja, uma vida plena, tornando-se uma pessoa calma, confiante, com um autêntico e sólido senso de valor próprio, disposta e capaz de estabelecer relacionamentos íntimos e de cuidado mútuo, assumindo riscos para ajudar outras pessoas, bem como para ampliar suas habilidades e perspectivas¹³³.

Deve-se considerar, entretanto, que a separação de crianças pequenas de suas mães provocará um intenso e profundo dano a este equilíbrio interno. De acordo com Bowlby, a separação da figura do apego, tanto temporária ou total, suscitará medo, angústia, raiva, sentimento de culpa e depressão tão intensa que poderão resultar em sérios prejuízos para o desenvolvimento psíquico e emocional

¹²⁹ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 121.

¹³⁰ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

¹³¹ BOWLBY, John. *Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 37.

¹³² BOWLBY, John. *Uma Base Segura: aplicações clínicas da teoria do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p.323.

¹³³ AUGUST, Hartmut; ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. *Teoria do Apego: origem, desenvolvimento e perspectivas*. *Anais do Congresso ANPTECRE*, v. 5, 2015, p. ST1111. Disponível em: http://www2.pucpr.br/reol/index.php/5anpteacre?dd1=15537&dd2=7929&dd3=pt_BR&dd99=pdf. Acesso em: 5 mai.2018.

da criança¹³⁴.

As separações vividas de maneiras recorrentes ou totais aumentam a amplitude da ambivalência, desequilibrando o sistema nervoso central, pois o equipamento psíquico imaturo da criança é incapaz de regular os dois impulsos conflituosos, podendo ser constatado que as separações da figura materna, no início da infância, podem ocasionar casos de psicopatologia¹³⁵.

A ameaça de perda da figura do apego gera ansiedade e angústia, enquanto a perda real causa desespero, pesar e tristeza, além de suscitar a raiva; pode-se entender que o rompimento de vínculos afetivos explica uma série de distúrbios da personalidade e, portanto, mercê a atenção de profissionais da justiça e saúde¹³⁶.

Salienta-se que, caso esse vínculo seja rompido, poderá ocorrer o fenômeno do desapego, momento em que o infante mostra um maior interesse pelas coisas que a cercam, não rejeita as cuidadoras/pessoas ao redor, aceita alimentos e brinquedos, pode sorrir e ser sociável e ao reencontrar a mãe, ela parece mal reconhecê-la, mantém-se distante, apática, indiferente e parece ter perdido o interesse pela mãe¹³⁷.

Desta feita, resta evidenciado que o rompimento com a figura materna, ainda que ocorra de forma variável de criança para criança, determina ativamente o estado emocional e comportamental do infante, vez que é inevitável à tristeza, à raiva e à subsequente angústia dos mesmos, podendo acontecer o rompimento dos vínculos afetivos entre mãe e filho¹³⁸.

Nenhuma forma de conduta é acompanhada por sentimento mais forte do que o comportamento do apego, uma vez que as figuras para as quais ele é dirigido são amadas, e a chegada delas é saudada com alegria. Enquanto uma criança está na presença incontestada de uma figura principal de apego, ou a tem ao seu alcance, sente-se segura e tranquila, por outro lado, qualquer ameaça da perda gera

¹³⁴ BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva. v. 2 da Trilogia do Apego*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

¹³⁵ BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva. v. 2 da Trilogia do Apego*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

¹³⁶ BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva. v. 2 da Trilogia do Apego*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

¹³⁷ BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva. v. 2 da Trilogia do Apego*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

¹³⁸ BOWLBY, John. *Separação: angústia e raiva. v. 2 da Trilogia do Apego*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 23.

ansiedade, e uma perda real, tristeza profunda¹³⁹.

Sendo assim, não há como deixar de se cogitar na imediata análise de tal teoria para concessão da prisão domiciliar mediante a prisão de mulheres presas por crimes cometidos com violência e/ou grave ameaça e gestantes/mães de crianças na primeira infância, visto a possibilidade de danos irreparáveis tanto ao infante propriamente dito, quanto a chance de quebra dos vínculos sócio afetivo entre mães e filhos.

6 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA ANÁLISE JUNTO AO HABEAS CORPUS Nº 143.641/SP

À luz da Constituição Federal, os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas¹⁴⁰.

De início, antes de sobrelevar a discussão, é imprescindível que se esclareça o significado da terminologia enfocada. Prescreve o “caput” do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988:

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 igualdade, a segurança e a propriedade, [...] ¹⁴¹.

Veja-se, portanto que o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionado inclusive no Preâmbulo da Constituição, direito este para o qual todas as demais normas devem obediência, a fim de que as garantias fundamentais sejam asseguradas¹⁴².

O art. 5º da CF/88 prescreve “[...] igualdade de todos 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 dos seus incisos e parágrafos. Todavia,

¹³⁹ BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 259.

¹⁴⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167.

¹⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20maio. 2018.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁴³.

Esta é a igualdade formal, que mais interessa ao jurista, a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais, sendo tal princípio, capaz de ser usado para limitar o legislador (não será possível criar outras leis que violem o princípio da igualdade), limitar o intérprete da lei (consiste na aplicação da lei de acordo com o princípio) e limitar o indivíduo (que não poderá apresentar condutas contrárias à igualdade, ou seja, realizar atos preconceituosos, racistas ou discriminatórios)¹⁴⁴.

Por força do dever de respeito, o direito à igualdade proíbe que o Estado adote medidas discriminatórias arbitrárias, sem justificativa, isto é, as leis não podem estabelecer distinções de classes, como se houvesse cidadãos de categorias diversas. Não há mais nobreza, clero e povo, em verdade há um único indivíduo: o ser humano, que merece idêntica consideração, independentemente da cor da pele, do gênero, da condição econômica, da orientação sexual ou de qualquer outro fator acessório¹⁴⁵.

O entendimento da igualdade material compreende-se como o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades, portanto, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da vida, visto que se imagina uma igualdade mais diversa daquela apenas formalizada em face da lei¹⁴⁶.

A igualdade material teria por finalidade a busca pela paridade dos cidadãos sob todos os aspectos, para que todos os seres humanos recebam um tratamento igual ou desigual, de acordo com a situação. Quando diante de acontecimentos são iguais, deve ser dado um tratamento igual, mas quando as ocorrências são diferentes é importante que haja um tratamento diferenciado¹⁴⁷.

¹⁴³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1161.

¹⁴⁴ PRINCÍPIO da Isonomia. *Princípios Constitucionais*. Disponível em: <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>> Acesso em: 16 de mai.2018.

¹⁴⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 411.

¹⁴⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1172.

¹⁴⁷ PRINCÍPIO da Isonomia. *Princípios Constitucionais*. Disponível em: <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>> Acesso em: 16 de mai.2018.

Mesmo sendo humanitária, idealista e desejável essa igualdade, parece-nos que nunca se concretizou em uma sociedade humana. Além do mais, o nosso País prima pela extremação de desigualdade material, basta atermo-nos para a realidade a nossa volta.

De acordo com o professor Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁸, em sua doutrina clássica, o princípio da igualdade:

[...] encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio da igualdade na sua dupla dimensão: formal e material¹⁴⁹.

Pode-se afirmar que o papel das normas constitucionais não é apenas o de retratar fielmente o mundo real, como se fosse um reflexo da sociedade, tendo em vista que a Constituição também deve servir para “fundamentar as esperanças” do povo, estabelecendo, de forma prospectiva, objetivos a serem alcançados por mais utópicos que sejam. Desta feita, os direitos fundamentais são um projeto para o futuro, visto que não são concretizados da noite para o dia como em um passe de mágica, pois a plena efetivação desses direitos é um processo complexo e progressivo¹⁵⁰.

São titulares do direito de igualdade tanto as pessoas físicas quanto jurídicas, logicamente, quanto à segunda, de acordo com as circunstâncias e naquilo em que houver compatibilidade com a condição de pessoa jurídica¹⁵¹.

Vale destacar, que o direito de igualdade opera como fundamento de posições individuais e coletivas que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos em discordância com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a acesso às prestações (bens, serviços, subvenções, etc.),

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 86.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 86.

¹⁵⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 69.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 584.

disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade¹⁵².

Há também exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam sua compensação, isto é, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas que podem ser reconduzidas à função positiva da igualdade, que implica um dever de atuação do Estado, seja na esfera normativa, seja na esfera ática, de modo que seja possível a imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades¹⁵³.

Dessa forma, em 20 de fevereiro do corrente ano, ao julgar o Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seu descendente ou, ainda, em outras situações “excepcionalíssimas”, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada¹⁵⁴.

Em primeiro momento, o julgado em referência suscitou complexa e relevante questão acerca do cabimento de habeas corpus em caráter coletivo, visto que fora impetrado por Advogados de Direitos Humanos, pela Defensoria Pública da União, bem como pelo Defensor Público-Geral Federal. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, fundamentado no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal,

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 584.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 584.

¹⁵⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo. Admissibilidade Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. ADPF 347MC/DF. Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das Nações Unidas. Regras de Bangkok. Estatuto da Primeira Infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de ofício. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fevereiro 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

reconheceu ser cabível o remédio constitucional para o pleito coletivo ali versado¹⁵⁵.

Com efeito, além de não haver óbices legais ao seu manejo por via coletiva, o *mandamus* no presente caso tem por pano de fundo a deplorável situação vivenciada de forma generalizada pelas mães e gestantes brasileiras encarceradas nas instalações prisionais de todo o país. Ademais, foi considerado que o habeas corpus impetrado em sua vertente coletiva, afora ser capaz de receber maior visibilidade por propiciar atuação mais objetiva do STF, sendo apto a economizar tempo e energia do tribunal, cujo acervo processual se mostra tão sobrecarregado¹⁵⁶.

Quanto ao mérito, faz-se ressaltar que o encarceramento cautelar de mulheres gestantes e mães é um tema enfrentado pela corte já há alguns anos, sendo que a questão central do *writ* circundava em grande medida a interpretação que se deveria conceder ao artigo 5º, L, da Constituição Federal¹⁵⁷(dispositivo que determina a necessidade de se assegurarem às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação), bem como às disposições dos incisos IV e V do artigo 318 do Código de Processo Penal¹⁵⁸(os quais preveem a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando as encarceradas estiverem gestantes ou forem mães de crianças de até 12 anos de idade)¹⁵⁹.

Nesse contexto, mostra-se oportuno o processo legislativo que resultou na promulgação da Lei 13.257/2016, já explanada anteriormente, que buscava, precipuamente, responder: “[...] à relevância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa e fazem uma

¹⁵⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP*. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁵⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP*. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 maio. 2018.

¹⁵⁸ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 maio. 2018.

¹⁵⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP*. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

infância mais saudável e feliz”¹⁶⁰.

Partindo-se dessa análise, é evidente que o que se quis tutelar foi, essencialmente, a vida dos nascituros e das crianças já concebidas, pois privar o convívio desses indivíduos com as respectivas mães nessa importante fase de crescimento, ou, ainda, introduzi-los junto às genitoras no precário sistema carcerário brasileiro, pode ser muito prejudicial à sua formação¹⁶¹.

A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal tem entre seus acertados embasamentos jurídicos, a revalorização de um princípio essencial ao Direito Penal, qual seja o princípio da pessoalidade, da intranscendência ou intransmissibilidade da pena, segundo o qual a sanção decorrente de prática de delito só pode atingir a pessoa de seu autor e ninguém mais¹⁶².

Isto porque é óbvio que, ao vedar as mínimas condições de saúde e adequado desenvolvimento da gestação à presa, o Estado passa a penalizar de forma cruel e indigna a própria criança ou o nascituro, o mesmo valendo para os casos de presa puérpera ou mãe de filho menor de 12 anos que dela dependa integralmente, pelas diversas razões jurídicas existentes e abordadas na ação de Habeas Corpus (inexistência de cônjuge, inexistência de outros parentes vivos ou conhecidos, situação de criança com deficiências físicas ou mentais ou outras patologias graves)¹⁶³.

Além disso, em muitos casos, findo o devido processo legal, as processadas são apenadas com sanções restritivas de direitos, quer por razões de ordem objetiva (natureza da infração, baixa potencialidade lesiva, ínfimo resultado ofensivo), quer por razões de ordem subjetiva (primariedade da acusada, ausência de antecedentes criminais), mais injustificadamente ainda, nessas hipóteses, a ocorrência de

¹⁶⁰ MASI, Carlo Velho. *O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos*. Canal Ciências Criminais, Porto Alegre, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>> Acesso em: 4 mai.2018.

¹⁶¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁶² ROSSETTO, Enio Luiz . *Teoria e Aplicação da Pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

¹⁶³ AMARAL, Beatriz Helena Ramos. *A dignidade da mulher*, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

flagrante e desarrazoada ofensa à saúde do nascituro¹⁶⁴.

A restrição à liberdade e a privação da liberdade são medidas excepcionais autorizadas pelo legislador constitucional e penal nas graves hipóteses de prática de crimes reconhecidas pelo Poder Judiciário, isto é, nos casos de prolação de sentença condenatória, em razão de ofensa a bens jurídicos tutelados pela lei penal, em que somente situações de evidente gravidade se justifica a prisão provisória, quer decorrente de situação de flagrante, quer preventiva, visto que o uso indiscriminado da prisão cautelar conduziu a situações de absoluta iniquidade e degradação como as contempladas no pedido de Habeas Corpus em exame¹⁶⁵.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são soberanos e precisam ser exercitados cotidianamente, uma vez que o excesso de formalismo da estrutura jurídica jamais poderá impedir a concretização da plena isonomia e da equidade, em razão de o direito estar a serviço da sociedade e da dignidade de homens, mulheres e crianças. A hierarquia das leis jamais poderá ser olvidada ou negligenciada e, por todas essas razões, a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal reafirmou, em seus próprios fundamentos, o pleno respeito à Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, incisos XLV e XLVI¹⁶⁶.

A Constituição Federal brasileira demonstra atenção à tutela dos direitos das crianças e jovens, com efeito, o artigo 227 da Constituição Federal prevê os direitos das crianças, adolescentes e jovens à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, atribuindo não só ao Estado, mas também às respectivas famílias, o dever de assegurar, com prioridade absoluta, o exercício dessas garantias às crianças e jovens, bem como o artigo 229 da Carta Maior é ainda mais direto ao atribuir especificamente aos pais “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ AMARAL, Beatriz Helena Ramos. A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>> Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁶⁵ AMARAL, Beatriz Helena Ramos. A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>> Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁶⁶ AMARAL, Beatriz Helena Ramos. A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>> Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 maio. 2018.

Merece destaque, ainda, o fato de que a proteção à maternidade e à infância é expressamente prevista no artigo 6º da Constituição Federal enquanto direito social dos brasileiros¹⁶⁸.

Logo, a eficácia dos referidos dispositivos constitucionais torna-se inviável com o encarceramento de mães e gestantes, isso porque, nessas situações, na prática, ou há a separação da genitora e seu filho, ou há o aprisionamento também da criança, que passa a dividir a cela com a mãe em ambiente lotado e inadequado. Resta inequívoco que, em ambas as hipóteses, as presidiárias acabam impossibilitadas de cumprir seus deveres literalmente consignados na Constituição Federal de proteção às garantias de seus filhos, que, por sua vez, têm a sua esfera de direitos individuais diretamente transgredidas pelo encarceramento de suas genitoras¹⁶⁹.

A concessão do Habeas Corpus visa buscar a reparação das desigualdades, que se tornaram ainda evidentes diante de outra decisão proferida pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, que, em meados de 2017, concedeu à mulher de um governador preso a prisão domiciliar sob a alegação de que possui filhos menores de 12 anos¹⁷⁰. Indignados com a injustiça decorrente da decisão, posto que as demais mulheres encarceradas, na mesma situação, que chegam a milhares, em nosso país, permaneciam nos presídios, as entidades impetrantes buscaram pela via jurisdicional a restauração da isonomia. E o fizeram com acerto¹⁷¹.

Contudo, o presente Habeas Corpus coletivo apontou como pacientes “[...] todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e das próprias crianças”, sendo concedido tal benefício, sem que fossem contempladas as acusadas de crimes

¹⁶⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> Acesso em: 20 maio. 2018.

¹⁶⁹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁷⁰BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus nº 392.806/RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 24 de março de 2017. Disponível

em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443778842/habeas-corpus-hc-392806-rj-2017-0061147>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁷¹AMARAL, Beatriz Helena Ramos. A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

graves, como os cometidos mediante violência contra pessoa¹⁷², o que se discute neste momento.

O amparo no caso concreto foi na necessidade de existência de proteção integral dos direitos de crianças e jovens, o Supremo Tribunal Federal consignou que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda deveria ser a regra, ao passo que a exceção, isto é, a negativa à substituição prisional deveria ocorrer apenas em casos excepcionais, com ampla fundamentação judicial¹⁷³.

Todavia, excetuou-se na peculiar decisão crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes ou situações excepcionalíssimas. Porém, salta aos olhos uma contradição interna do julgado, isso porque todo aquele estado inconstitucional de coisas referente à penúria do cárcere vivenciada pelas mulheres presas não se aplicaria às que praticarem crimes com violência ou grave ameaça¹⁷⁴.

Mas ora, ou a situação é idêntica para todas, em atenção ao princípio da igualdade, como quis referir a Suprema Corte, ou essa invenção jurídica não se sustenta na gênese. Hipoteticamente, utilizemos como exemplo, o caso de uma mãe, primária, que “esforçadamente” sustenta sozinha dois filhos pequenos e, diante de uma situação excepcional, viu-se na necessidade de praticar conduta criminosa com violência, digamos, uma lesão corporal gravíssima, não se enquadra em situação excepcionalíssima? Não deveria ao menos ser visto seu caso com outros olhos?

É fácil notar a importância do julgamento desse habeas corpus coletivo pelo STF, afinal, a decisão nele proferida produz impacto não apenas na situação de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças com

¹⁷²AMARAL, Beatriz Helena Ramos. A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁷³BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

¹⁷⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, mas também na situação das próprias crianças¹⁷⁵.

Contudo, ainda falta a análise quanto aos casos excepcionais dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, visualizando-se caso a caso, sem regra determinada, sob óbice de se violar um dos princípios fundamentais, qual seja o da igualdade.

Em um Estado democrático de direito onde as pessoas vulneráveis estão a mercê do poder Estatal e da sociedade egoísta e não fraternal, a não concessão da prisão domiciliar às mulheres presas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça viola as garantias fundamentais bem como a intranscendência da pena.

Os princípios são diferentes de regras. O princípio é mais abrangente, nele não existe coalizão de interesses, vale o que mais se enquadra na situação apresentada. Já na regra existe uma coalizão de interesses e um conflito de regras, uma vai sobrepor a outra.

Portanto, entre o princípio da igualdade e o da proporcionalidade, o que vale é a igualdade, em termos de contextos sociais.

Ora, o Estado é o grande vilão das causas de vulnerabilidades. Ele não faz sua parte na programação que tenta buscar, ou seja, seu ideal de sociedade, conforme está na magna carta da república de 1988.

Essa é uma diretriz do ESTADO para com a sociedade. Pergunto, o ESTADO vem fazendo sua parte? Pode o ESTADO dizer NÃO para seus cidadãos infratores, no caso, as mulheres que estão na classificação de vulnerabilidade, especificamente, em delitos graves?

Digo que não, o ESTADO não pode dizer não para a classificação dos vulneráveis sendo que ele tem a maior parcela de culpa.

A ordem social é a sustentação do ESTADO. Todo aquele que turbar tal ordem deve ser castigado. Por pouco que se reflita, é impossível determinar o que turbar a ordem social sem antes verificar em que consiste tal ordem; de tal modo que, examinando as lições da sociedade, é preciso admitir um pacto entre seus membros. Direitos iguais, vantagens recíprocas, socorros mútuos: eis aqui mais quais devem ser seus fundamentos. Liberdade, justiça, paz, concórdia, felicidade:

¹⁷⁵BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

eis aqui quais devem ser seus frutos. Contudo, quando consulto o histórico dos povos, tirania de um lado e servidão do outro são as únicas coisas que, sob todas as formas possíveis, se apresentam ante meus olhos. É verdade, dirá alguém. Mas depois da invasão, o poder se tornou legítimo e o direito sucedeu a violência. Operada a Revolução, há que fazê-la aceitável, simpática e isto é realizado por boas leis. Explico-me: depois de haver exterminado, derrubado e invadido tudo, os conquistadores, temendo abusar de suas conquistas, recorrem à brandura para fazer menor sofrimento de seu império.

Porém, o usurpador se coloca na posse do poder soberano e o reparte com seus asseclas. Contemple-se a maioria dos povos da terra e que será visto, senão escravos desprezados e amos opressores! As leis? Não são decretos dos que mandam? Se ao menos respeitassem sua própria obra! Porém, prescindem delas quando querem e as violam impunemente; e depois, para colocarem –se a coberto de toda censura, constroem ao redor deles um recinto sagrado do qual nada se pode aproximar¹⁷⁶.

A pena jamais ultrapassa a pessoa do condenado de acordo com o Princípio da individualização das penas. A pena é individual (tanto na aplicação como na execução) sendo este princípio o fundamento para a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para crimes hediondos.

Segregar a mulher dos seus filhos porque ela cometeu um delito com violência ou grave ameaça, além de violar o princípio da igualdade, viola o princípio da intranscendência da pena bem como o princípio da pessoalidade, pois a criança não tem culpa.

O princípio da intervenção mínima ou “*ultima ratio*” orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se construir meio necessário para a preservação de ataques contra bens jurídicos importantes.

Ora, uma lesão corporal grave, ameaça ou outro crime é mais importante que a vida de uma criança em estado de vulnerabilidade? Pois o que temos são bens jurídicos distintos do caso concreto.

Ex.: uma mãe que rouba um banco com grave ameaça aos clientes e foge, logo depois é capturada, mas essa mãe deixou seus filhos em casa com a babá,

¹⁷⁶ MARAT, Jean Paul, *Plano de Legislação Criminal*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008 Pg. 72.

enquanto ela cometia o delito. Essa mãe merece ficar no cárcere longe dos filhos, merece o filho ficar sem a companhia da mãe? São bens jurídicos diferentes, de um lado o patrimônio e de outro seus filhos que estarão sem cuidados.

Isso também violaria o princípio da intervenção mínima, pois o Estado tutela a vida e o patrimônio, mas a vida tem maior valor que o patrimônio.

Portanto, o direito penal deve ser a “*ultima ratio*” do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Neste caso, a mãe que tem seus filhos privados por conta de seus atos contra as leis do ESTADO, NÃO deve ser encarcerada e ficar longe de seus filhos. O ESTADO deve dar uma solução pedagógica para essa mãe e condições dignas para que possa responder o processo sem ferir direitos dos seus filhos.

Todavia, temos também o princípio da humanidade que é a compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente. A integridade psíquica da criança não pode ser prejudicada por conta da ineficácia do Estado.

Logo, a criança que tem sua mãe presa por delito de grave ameaça merece ser posta em prisão domiciliar para poder cuidar do filho, salvo quando o delito for cometido contra o próprio.

Entretanto, a segunda geração dos direitos humanos compreende os direitos sociais, culturais e econômicos. O ESTADO deve prover seu povo para que este não passe fome nem precise cometer delitos.

Já o direito humano de terceira geração compreende os direitos difusos, da humanidade e os povos, e tem como marco jurídico a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.

O Mundo sempre quer ser melhorado, e para isso os direitos humanos SEMPRE terão que prevalecer.

O mestre ZAFFARONI em sua teoria da COCULPABILIDADE – afirma que o ESTADO deve assumir uma parcela da reprovação e da culpa em certas infrações que estejam ligadas às omissões do próprio ESTADO no que tange a seus deveres constitucionais. Para isso, admite-se o uso da atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal para reduzir a pena nestas hipóteses em que haja condenação.

Durante a pesquisa realizada, foram encontrados julgados pertinentes relativos especificamente ao tema apresentado, em que a quinta turma do Superior

Tribunal de Justiça (STJ) manteve a prisão de uma mulher, mãe de criança de dois anos, suspeita de cometer crimes de roubo circunstanciado, receptação e porte ilegal de arma de fogo e de participar de organização criminosa, por se enquadrar nas hipóteses de exceção à conversão de prisão preventiva em domiciliar, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC 143.641.

Entretanto, pelo que foi construído, conclui-se, de modo ousado, ser possível uma relativização da exceção apresentada, para que não seja configurada violação ao princípio constitucional da igualdade, a fim de que, no mínimo, em determinadas situações casuísticas, seja concedido a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar para as mulheres/mães presas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

Tudo isso, visando o melhor desenvolvimento do infante, visto à relevância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa e fazem uma infância mais saudável e feliz.

CONCLUSÃO

O resultado deste trabalho é fruto de uma análise ao Habeas Corpus nº 143.641/SP, sendo possível concluir que, atualmente, de forma equivocada, não há análise casuística para que seja convertida prisão preventiva em prisão domiciliar para mães de crianças na primeira infância que tenham cometido crimes com violência ou grave ameaça, visto que o Writ exceção tal situação, violando dessa forma o princípio fundamental da igualdade, bem como os direitos das crianças em conviver diretamente com sua genitora, podendo ocasionar os mais diversos prejuízos.

No primeiro capítulo foram abordadas as modalidades de prisão em flagrante, temporária, preventiva e domiciliar, existentes no ordenamento jurídico pátrio, analisando cada especificação própria, com ênfase à prisão domiciliar, em seus aspectos mais relevantes, acerca do seu cabimento e da sua decretação.

No segundo capítulo foi possível explanar sobre o Instituto da Liberdade Provisória, verificando sua aplicabilidade e necessidade de arbitramento de fiança ou não, bem como a análise das medidas cautelares previstas no código de processo penal, que deverão ser aplicadas em favor do Réu, quando não houver

motivo para manutenção do cárcere.

No terceiro capítulo foi tratado sobre o conceito de primeira infância, estipulado pelo marco legal, dado pelo texto da Lei nº 13.257, dirimindo a grande importância e os resultados estabelecidos a partir de então como, por exemplo, as relevantes alterações em diversas áreas do direito, principalmente na área processual penal e, ainda, foi mencionado sobre a Teoria do Apego de John Bowlby, psicanalista, que difundiu a respeito do valoroso contato da criança com sua genitora para o desenvolvimento sadio do infante em sua plenitude.

Por fim, no quarto e último capítulo, foi possível analisar de maneira sistemática o Habeas Corpus Nº 143.641/SP, verificando sua aplicabilidade, os beneficiários de tal ordem, além da sua finalidade de tutelar, essencialmente, a vida dos nascituros e das crianças já concebidas, para que não sejam privadas de conviver com as respectivas mães nessa importante fase de crescimento.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cristiano Nabuco. *Teoria do Apego: fundamentos, pesquisas e implicações clínicas*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012.

AMARAL, Beatriz Helena Ramos. *A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016*. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16178/>>. Acesso em: 17 maio. 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Curso Básico de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARRUDA, Rejane Alves de. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

AUGUST, Hartmut; ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. *Teoria do Apego: origem, desenvolvimento e perspectivas*. Anais do Congresso ANPTECRE, v. 5, 2015, p. ST1111. Disponível em: http://www2.pucpr.br/reol/index.php/5anptecre?dd1=15537&dd2=7929&dd3=pt_BR&dd99=pdf>. Acesso em: 5 mai.2018.

AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 423.

BARROS, Ricardo Paes de; BIRON, Lisa; CARVALHO, Mirela de. Determinantes do desenvolvimento na primeira infância no Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, mar. 2010, p. 671. Disponível em:<www.ipea.gov.br>. Acesso em: 3 abr.2018.

BOWLBY, John. *Apego: a natureza do vínculo*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 4 mai.2018.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 4 mai.2018.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 15 de abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus coletivo nº 143.641*, Origem: 143641 - Supremo Tribunal Federal. Proced: São Paulo. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Pacte (s): Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Brasília, 20 de março de 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014

BRETANI, A. V. et al O Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem. *Comitê Científico do Núcleo Ciência Pela Infância*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2013/08/impacto_desenvolvimento_primeira_inf%C3%A2ncia_aprendizagem_NCPI.pdf> Acesso em: 27 abr.2018.

CAPEZ, Fernando. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALBEM, Juliana Xavier, AGLIO, Débora Dalbosco Dell'. *Teoria do Apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento*. Programa de Psicologia do Desenvolvimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672005000100003> Acesso em: 5 mai.2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIRÓ, João Augusto. Primeira infância período decisivo na vida. *Instituto Zero a Seis*, São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<http://zeroaseis.org.br/artigo/primeira-infancia-periodo-decisivo-na-vida/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Marco da Primeira Infância. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, p. 1-7 2016. Disponível em: Acesso em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>> 27 abr. 2018.

MARAT, Jean Paul, *Plano de Legislação Criminal*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MASI, Carlo Velho. *O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos*. Canal Ciências Criminais, Porto Alegre, mar. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>> Acesso em: 4 mai.2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Nova Lei nº 13.257/2016 ampliou a possibilidade da prisão domiciliar e deve ser aplicada imediatamente*. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 17, n. 98, p. 11, jun./jul. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal – Volume Único*. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRINCÍPIO da Isonomia. *Princípios Constitucionais*. Disponível em: <<http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>> Acesso em: 16 de mai.2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSSETTO, Enio Luiz . *Teoria e Aplicação da Pena*. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEODORO, Renata de Assis. *Uma Leitura Sobre a Teoria do Apego e Uma Aproximação Com a Metapsicologia o Conceito de Pulsão e Apego*. Monografia. p. 3. Pontifca Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral. 13. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.