

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-843-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Em uma tarde aprazível da primavera brasileira, no campus do Centro Universitário do Pará, reuniu-se o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, com o propósito de debater temas atuais do direito e do processo penal à luz da Carta de 1988. Não obstante o feriado de proclamação da república, os presentes ensejaram uma discussão fértil e comprometida com os temas do Grupo, os quais passam, doravante, a serem apresentados.

O artigo intitulado “A polícia criminal de drogas e o tradicional autoritarismo do sistema criminal: mais do mesmo?”, de autoria de Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra, trata de pesquisa dedicada ao estudo do Sistema Criminal brasileiro, via análise de inquéritos policiais deflagrados para a apuração de crimes relacionados ao tráfico de drogas na cidade de Imperatriz/MA. Os autores se valeram do método de pesquisa bibliográfica para o estudo das reminiscências autoritárias informadoras do Sistema Criminal. Na sequência, expuseram pesquisa empírica, utilizando-se do método qualitativo com o propósito de verificar a possível conservação do caráter autoritário do Sistema Criminal, a despeito da promulgação da Constituição da República, seja pelo conjunto de leis penais e processuais penais existentes, seja pelas práticas investigatórias tradicionais.

No artigo “os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social”, de autoria de Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes e Laís Freire Lemos, analisa-se a função do cárcere dentro de uma ideologia da defesa social e a propagação da dor e do sofrimento como imposição social e castigo. O método utilizado foi o descritivo e analítico, a partir do qual os autores fizeram a conceituação etnológica da punição e sua transmutação no decorrer dos séculos, conjugando-a com a ideologia da defesa social e da instabilidade social causada quando o crime é cometido.

O artigo seguinte, intitulado “a possibilidade da colaboração premiada unilateral do acusado no processo penal: uma breve análise do ‘plea bargaining agreement’ e da colaboração premiada no Brasil”, dos autores Juliano Keller do Valle e Marcos Leite Garcia, pretendeu-se investigar o instituto da delação premiada no Brasil, analisando primeiramente o seu conteúdo existente na legislação pátria, bem como no Código Penal e Processual Brasileiro. Com efeito, o texto busca, a partir da Teoria do Garantismo Penal, reestabelecer parâmetros e critérios racionais que possam ativar a estrita legalidade defendida por Luigi Ferrajoli no

âmbito das colaborações, especialmente na possibilidade de serem aceitas unilateralmente. O texto propõe estabelecer a discussão acerca do grau de jurisdicionalidade do Estado-Juiz equilibrar as partes do processo penal, através dessa outorga unilateral em favor do acusado.

No artigo intitulado “pode o policial ou o Delegado de Polícia decretar prisão preventiva? Análise da (in) constitucionalidade do art. 12-C da Lei 11340/06”, dos autores Gustavo Noronha de Ávila e Luiz Antônio Borri, discute-se o seguinte: a Lei 13.827/19 inseriu o art. 12-C na Lei 11.340/06 objetivando facilitar a aplicação da medida protetiva de urgência consistente no afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência diretamente pelo policial ou pelo delegado de polícia. Desse modo, valendo-se do método hipotético-dedutivo e de revisão bibliográfica, os autores propõem a hipótese de que a inovação legal está em descompasso com a Constituição, face a necessidade de ordem judicial. Para tanto, examinou-se os requisitos necessários à aplicação de medidas cautelares no âmbito da persecução penal e propostas soluções caso identificada inconstitucionalidade no texto normativo.

O artigo “a policização da justiça: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório”, dos autores Antônio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares, parte da hipótese apresentada por Michel Foucault de que a Justiça está a serviço da polícia. A partir disso, o trabalho teve por escopo responder à pergunta se essa assertiva se verifica no Brasil, configurando-se seu problema central. Para tanto, realizou-se uma pesquisa sobre o sistema processual penal de garantias no Brasil, bem como as formas peculiares de produção de informações por meio de provas conforme os desenhos processuais penais que se apresentam na prática judicial brasileira. Ao final, confirmou-se a hipótese de Foucault em razão do uso demasiado de informações produzidas na fase policial ou pela oitiva de policiais nas decisões judiciais.

O texto seguinte, cujo título é “o aprisionamento de inocentes no centro de reeducação feminino: uma perspectiva concreta da gravidez, do nascimento e da infância no cárcere feminino de Belém-PA”, dos autores Luana Miranda Hage Lins Leal Viegas e Oduvaldo Sérgio de Souza Seabra, analisa aspectos que envolvem a gravidez de mulheres presas, o nascimento de seus filhos, o aprisionamento de crianças com sua genitora e a separação entre mãe e bebê no cárcere feminino da Região Metropolitana de Belém-PA. Para tanto, os autores se valeram de uma pesquisa empírica, elaborada com enfoque no direito fundamental da presa ficar com seu filho durante o período de amamentação e nas disposições da Lei de Execuções Penais e das Regras de Bangkok sobre a maternidade no cárcere, averiguando a existência e eficácia de políticas públicas sobre o tema.

O artigo “gestão probatória, função da prova penal e sistemas processuais penais”, do autor Eduardo Correia Gouveia Filho, objetiva investigar a gestão probatória nos sistemas processuais penais. Na medida em que não há princípio unificador misto, tem-se, segundo o autor, que o elemento definidor do sistema processual será a gestão probatória, a qual, estando sob o poder do julgador, caracterizará o sistema inquisitório, ou, se estiver com as partes, o acusatório. No que tange à prova penal, concluiu-se que, diante da impossibilidade de se alcançar a “verdade real”, ela deverá possuir, sob limitações normativas, uma dupla função: reconstrução do passado e persuasão do juiz.

Por sua vez, no artigo “entre o garantismo e o expansionismo: a tutela penal do meio ambiente e o tipo penal de perigo abstrato”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Carlos Henrique Carvalho Amaral analisam o discurso expansionista do Direito Penal frente aos novos bens jurídicos, sobretudo os bens jurídicos ambientais. Analisa-se a necessidade de proteção do meio ambiente e o papel do Direito Penal frente a sua proteção. Construída esta base verifica-se que é necessário discutir se os princípios fundamentais clássicos do Direito penal estão em risco de flexibilização. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que o Direito Penal também possui sua parcela de responsabilidade na proteção do meio ambiente.

No artigo “garantias penais e processuais penais do indígena e vulnerabilização étnica no Brasil: uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores”, os autores Bruna Hoisler Sallet e Bruno Rotta Almeida abordam a aplicação dos direitos indígenas, notadamente os relacionados à seara penal, nos tribunais superiores brasileiros. Para tanto, em um primeiro momento, através de revisão bibliográfica, apontam a trajetória dos direitos indígenas em âmbito internacional e nacional, destacando algumas garantias penais decorrentes da condição étnica específica. Posteriormente, através da análise qualitativa, verificam a aplicação dessas garantias pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se pela utilização de uma interpretação restritiva, a qual acarreta a obstrução do acesso a direitos e a violação de princípios constitucionais penais.

No artigo “o valor probatório dos depoimentos colhidos em colaboração premiada: um alerta sobre a possível premiação da mentira”, os autores Roberto Carvalho Veloso e Luiz Régis Bomfim Filho analisam a dinâmica do procedimento de colaboração premiada e sua influência probatória na persecução penal. Segundo os autores, no processo penal constitucional e convencional alicerçado em um sistema acusatório, como adotado pelo

Brasil, não se deve admitir a premiação da mentira em convencimento jurisdicional eventualmente condenatório, assim o fazendo por meio da metodologia qualitativa de revisão bibliográfica.

O artigo intitulado “ativismo judicial e o (des) equilíbrio da política criminal brasileira: o caso Sérgio Moro x Lula”, de Alexandra Fonseca Rodrigues, tem por objetivo estudar o ativismo judicial para avaliar se tal postura dos magistrados pode desequilibrar a política criminal, deslocando-a dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Para tanto autora realizou breve análise do caso envolvendo o juiz Sérgio Moro e o ex-presidente Lula, concluindo que a interferência do Direito Penal na Política criminal, apesar de ser reflexo do novo modelo de democracia, precisa ser realizada dentro dos limites constitucionais para que não venha a pôr em risco a concretização dos direitos humanos.

Já no artigo “denúncia caluniosa eleitoral: novidades e perplexidades da Lei 13834/2019”, dos autores Amanda Alves Oliveira Purger e Amaury Silva, é abordado o crime eleitoral previsto no art. 326 A, do Código Eleitoral, com a redação conferida pela Lei 13.834/2019. Traz-se à análise novidades e perplexidades para a compreensão hermenêutica do tipo penal e aplicação prática destas. Desenvolve-se reflexões comparativas com o tipo penal comum da denúncia caluniosa; descrevem-se incongruências na construção da tipicidade do novo crime eleitoral, a partir de referenciais específicos próprios do direito e processo eleitoral, a saber: Justiça Eleitoral, candidatos, convenções partidárias, registro de candidaturas e eleições. Analisa-se o veto presidencial à parte da Lei 13.834/2019 e organiza-se proposições concludentes quanto à alteração legislativa.

Os textos revelam, portanto, o quão eclético e rico são os temas, que esperam os organizadores seja o combustível para a leitura atenta e crítica deles.

Belém-PA, novembro de 2019.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Matheus Felipe de Castro - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**EFEITOS DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143641/SP E MÃES
ENCARCERADAS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL E A
CRIANÇA COMO PRIORIDADE ABSOLUTA**

**EFFECTS OF HABEAS CORPUS COLETIVO N º 143641/SP AND
INCARCERATED MOTHERS: THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE
PENAL PROCESS AND THE CHILD AS AN ABSOLUTE PRIORITY**

Nayara Sthéfany Gonzaga Silva ¹
Mayara Barbosa Soares Santos Moura ²

Resumo

O foco central é o estudo do Habeas Corpus Coletivo e das prisões cautelares, sob o aspecto das mães e seus filhos no sistema prisional. A concretização do direito à convivência familiar e comunitária dos filhos (as) de mulheres que estão presas preventivamente é o enfoque. Para tanto, analisa-se a aparente colisão entre o jus puniendi e o princípio do Melhor Interesse da criança, por meio da metodologia de abordagem analítica, e crítica qualitativa. Para tanto, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, de natureza qualitativa, tendo como principal aporte teórico os estudos da teoria do garantismo de Ferrajoli.

Palavras-chave: Infância, Mães, Presas, Preventivamente, Constitucionalização

Abstract/Resumen/Résumé

Central focus is the study of the Habeas Corpus Coletivo and the precautionary prisons, under the aspect of mothers and their children prison system. Realization of the right to family and community connition of the children of women who are preemptively arrested is the focus. To this end, we analyze the apparent collision between the jus punish and the principle of best interest of the child, through the methodology of analytical approach, and qualitative criticism. For this purpose, the research is characterized, bibliographic, of qualitative nature, with the main theoretical contribution being the studies of the theory guarapism of Ferrajoli.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Childhood, Mothers, Arrested, Preemptively, Constitutionalisation

¹ Mestre em Constitucionalização do Direito Pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Processo Penal e Direito Penal peal Universidade Tiradentes.

² Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Unyleya

1 O Supremo Tribunal Federal e o Estatuto da Primeira Infância: Análise do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641

Diante da alteração promovida pelo Estatuto da Primeira Infância, em possibilitando uma nova modalidade de prisão domiciliar em detrimento a prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, debruça-se sobre o pleito da defensoria Pública da União impetrado por meio de Habeas Corpus Coletivo em favor de 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.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641)¹ coletivo para decretar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Primeiramente, ainda que não seja o objetivo deste trabalho examinar propriamente a legitimidade do writ, interessante seria notar que os ministros da Segunda Turma discutiram a aceitação do HC coletivo. Para o relator, ministro Ricardo Lewandowski, o habeas corpus, como foi apresentado, na extensão coletiva, é cabível². Ou seja, foi garantida a constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública para a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, afiançando aos mais necessitados o acesso à justiça, com embasamento no princípio da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais³.

O artigo 102, I, "i", da Constituição da República, cabe ao STF julgar habeas corpus "como o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> >. Acesso em 08 set 2018.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** Disponível: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152> >. Acesso em 08 set 2018.

³ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, Camila Mousquer. **O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos:** Exame do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < <file:///C:/Users/casa/Downloads/9FVaLlGxxu61Yrgz.pdf> >. Acesso em 30 ago 2018.

autoridade ou servidor cujos atos estejam sujeitos inteiramente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou verse sobre crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância". Desse modo, não parece cabível a Corte julgar, diretamente, um habeas corpus coletivo que tenha como pacientes pessoas em situações absolutamente heterogêneas.

No entanto, a Carta Magna de 1988 prevê o Mandado de Segurança coletivo e Ação Civil Pública, onde se tutela direitos coletivos em sentido amplo (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneas). Da mesma forma, que o habeas corpus coletivo, o Mandado de Injunção coletivo não era expresso constitucionalmente. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal já admitia o Mandado de injunção coletivo antes da Lei nº 13.300 de 2016.

Entendendo como direito de proteger a liberdade, a Constitucional Federal admite a tutela coletiva para qualquer direito difuso e coletivo, outro argumento seria o princípio da máxima eficiência/efetividade das normas constitucionais, duração razoável do processo e beneficia uma maior coletividade de pessoas e a máxima efetividade da prestação jurisdicional. Em contrapartida, existem argumentos contrários à legitimidade do Habeas Corpus coletivo, quais sejam: o artigo 654 §1º do Código de Processo Penal prevê que haja identificação do paciente em ação individual, e o fato da Constituição Federal não prevê expressamente o Habeas Corpus Coletivo e veda decisões genéricas.

Nesse sentido, na atualidade, duas convergências importantes se despontaram no campo da proteção judicial de direitos: a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos⁴. Com o reconhecimento de novos direitos, por exemplo, a proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico cuja titularidade e fruição se dão coletivamente, adveio a necessidade de repensar os costumeiros instrumentos processuais. Como ensinam Capelletti e Bryant Garth⁵:

As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (...). Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.

Desse modo, é cabível a figura do habeas corpus coletivo, ou seja, que tenha por paciente uma coletividade. Sob a perspectiva das contribuições teóricas de autores como

⁴ Para mais detalhes ver TEORI, Albino Zavascki. **Processo coletivo**: Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁵ CAPELLETTI e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

de Antonio Gidi⁶ e Mafra Leal⁷, crer-se por ação coletiva aquela proposta por um legitimado extraordinário, ou substituto processual, em proteção a um direito naturalmente ou incidentalmente coletivo, apta à produção de uma decisão final cujos efeitos são extensíveis a uma comunidade ou coletividade.

Outro ponto importante acatado no writ foi à existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos com legitimação da Defensoria Pública para a propositura deste último, tudo a comprovar a peregrinação das ações constitucionais em direção às soluções coletivas. Pois assim se consolida uma solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis.

Superado, para esse trabalho, o exame da legitimidade coletiva do Habeas Corpus 143.641/SP, passa-se ao exame do mérito propriamente dito. Em relação aos motivos que concederam a ordem, e aos fundamentos que liberam a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, no Brasil, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, passa-se a apreciação.

No mérito, foi consentida a aplicação do princípio da intranscendência, segundo em que versa sobre o fato de que a pena não pode passar da pessoa do condenado, do princípio da primazia dos direitos da criança, assegurando que tais postulados têm sido afrontados metodicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado. Ainda foi fundamentado pela interpretação conforme a leitura correta da Lei nº 13.257 de 2016 de que não há necessidade de satisfazerem-se outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

No final do século XVIII, verifica-se uma tendência de reforma nas leis e na administração da justiça, propiciada por um extraordinário movimento de ideias, ao qual se denominou Iluminismo. Verdadeiro marco na história do princípio da personalidade da pena, e do próprio direito penal - ocorre em 1764, com a publicação, em Milão, da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em que o caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal.

⁶ GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**: Hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004, p. 14. Disponível em: < <http://www.gidi.com.br/publications> >. Acesso em: 14 ago 2018.

⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

No período seguinte, advertiu a consagração da personalidade da pena. Nas Lições de Fernando Vernice dos Anjos⁸: é princípio consagrado do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Dessa forma, ao contrário do advindo no direito pré-beccariano a pena não pode se desdobrar a pessoas estranhas ao delito.

Ao se condenar uma pessoa à prisão, por exemplo, pode-se estar embaraçando sua família, que perderá a renda por ele auferida quando em liberdade. Como aponta Fernando Vernice dos Anjos: trata-se de um princípio basilar de ser explicado e abstratamente aplicado. Qualquer regime democrático rejeita as antigas sanções de desonra ou confisco contra a família do criminoso. A sanção deve ser individualizada levando-se em conta as características e as condições peculiares da pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, não se pode interpretar a lei no sentido de que a sanção transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito.

Como garante o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de repara o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, esse dispositivo trouxe justamente o ideal cumprimento do princípio constitucional da intranscendência da pena.

Nesse aspecto, complementado o ideal fundamentado no Habeas Corpus Coletivo 143641/SP, a respeito do princípio da primazia dos direitos da criança, ficou entendido que crianças que acompanham suas mães no cárcere, representam afronta, pois sistematicamente a manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado, chega a inviabilizar a aplicação dos direitos fundamentais, à liberdade, proteção, lazer, e sobretudo, à convivência familiar comunitária das crianças.

Para viabilizar a garantia de absoluta prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º, reconhece o estágio peculiar de desenvolvimento característico da infância e da adolescência, o que entende crianças e adolescentes em caráter de vulnerabilidade e abona a proteção especial e integral que devem receber.

Nesse sentido, violações de direitos padecidas durante a infância provocam graves danos e implicações para toda a vida do indivíduo, dadas a condição peculiar de

⁸ ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009 p. 51.

desenvolvimento das crianças e sua consequente hipervulnerabilidade biopsíquica. Justamente por isso, lhes é assegurada a garantia de prioridade absoluta.

A doutrina da proteção integral é inaugurada com o artigo 227 da Constituição, como questão já tratada em capítulos anteriores afiança à criança não só os direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, mas também aqueles que atentam às especificidades da infância. Ainda, por essa doutrina, entende-se que é necessário cuidar da criança não só combatendo violações como também promovendo direitos. Nesse aspecto, O HC 143.641/SP, concretiza essas garantias quando fundamenta a decisão nessa norma e reconhecendo a necessidade de:

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODSs justamente porque, durante o tempo em que vigoraram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar “a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva” (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. In: Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88)⁹.

Como uma conquista, o Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2016 reafirma a preservação dos Direitos da Criança é a de que não há necessidade de satisfazer-se outras condições, expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, para mães com filhos menores de 12 anos.

Em relação aos efeitos, O Supremo Tribunal Federal estabeleceu, restrições quando determina que há exceção àquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício¹⁰.

Por maioria, os ministros concederam extensivamente a decisão HC em nome de todas as presas preventivas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, estendendo a decisão a adolescentes e responsáveis por pessoas com deficiência, nesse ponto fez uma interpretação extensiva para abranger adolescentes em situação similares¹¹:

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 set 2018.

¹⁰ Idem

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 set 2018.

sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Um ponto interessante que deve ser analisado, dessa decisão é que nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347¹².

Por certo, dada à incapacidade estrutural de analisar um grande volume de petições de reclamação constitucional, o STF, reconheceu a possibilidade de os juízes negarem o benefício da prisão domiciliar, em situações excepcionais. Aqui se encontra a crítica que pode ser feita ao julgado, em virtude de existirem pacientes e autoridades coatoras em diversas circunstâncias, o que fica evidenciada pela heterogeneidade, a falta de questão comum bem definida conduziu o Supremo a assumir uma complexa competência originária e, igualmente, a articular uma decisão com altivo grau de abstração e exceções, limitando, ao final, a possibilidade de controlar diretamente o descumprimento da sua decisão.

Por tratar-se de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional, mas como em forma de precedente vinculante, posto que, a provocação por meio de advogado é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial¹³.

Em seguida será analisada, prisões cautelares: mães e seus filhos no cárcere, a questão do custo social da prisionização feminina bem como, posteriormente a aplicabilidade do Habeas Corpus Coletivo 143641 / SP, no tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

2 Prisões cautelares: mães e filhos no cárcere

O conceito de prisão cautelar empregado no presente trabalho limita-se a substituição da prisão preventiva, àquelas modalidades em que o indivíduo é recluso em estabelecimento próprio, com fins de preservação do processo penal, ou seja, a prisão domiciliar.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 set 2018.

Conforme redação do Código de Processo Penal seis são os tipos de prisões cautelares: em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia, em consequência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se resigne, injustificadamente, a apresentar-se em juízo ou na polícia. Para melhor aprofundamento do tema, será feita uma análise específica da prisão preventiva. Entende-se por prisão preventiva: o delimitado pela reforma do Código de Processo Penal, efetuada por meio da Lei nº 12.403 de 2011, cujo parágrafo 6º do artigo 282¹⁴ expressa indubitavelmente que essa medida deve ser aplicada como *ultima ratio* na sistemática processual penal vigente¹⁵.

A concepção inicial de que prisão preventiva no Brasil é instrumento processual, ou seja, medida de natureza cautelar decretada por Juízo competente, quando presente os regulamentos estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Os requisitos como: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, existindo a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria estabelecem critérios legais para que seja decretada essa espécie de prisão antes da sentença penal condenatória.

Salienta-se, portanto, o caráter de *ultima ratio* da prisão antes de condenação transitada em julgado, nos termos da norma contida no § 6º, do artigo 282 do Código de Processo Penal reformado¹⁶. A prisão processual, então, em conformidade com a garantia da presunção de inocência, deve ser decretada somente nos casos em que as outras medidas cautelares pessoais se mostrarem insuficientes e se o caso concreto se subsumir à pressuposição abstrata legal para tanto. Como salientado por Magalhães Gomes Filho, a privação completa do direito à liberdade passa a ser providência de *extrema ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa¹⁷.

Com a introdução do artigo 282 no Código de Processo Penal, implementou-se o princípio da proporcionalidade como bússola das medidas cautelares pessoais e introduziu expressamente em seu texto os subprincípios da necessidade, inciso I, e posteriormente da adequação, inciso II.

¹⁴ Art. 282 (...) § 6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, com fundamento no artigo 319 do Código de processo Penal

¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de lei nº 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 454-455.

¹⁶ A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar com fundamento no artigo 319 no Código de Processo Penal.

¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais: Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011**, p. 39.

Uma medida que reduz a aplicação de um direito fundamental somente é adequada se tiver um fim constitucionalmente legítimo, para que o meio empregado seja idôneo à efetivação de outro direito fundamental, em aparente colisão com aquele primeiro¹⁸, seguindo essa linha de raciocínio, o ideal seria que ao contrário da ordem sugerida pelo artigo mencionado, qual seja: necessidade e adequação, a apreciação da proporcionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais deve ser realizada inicialmente a partir do exame da adequação.

O que parece ocorrer, é apenas a aferição se de fato a medida é ou não adequada, sem ponderar a lesão ao grau de restrição àquele direito fundamental maculado. Penso que o juízo da necessidade deve ser efetivado tão somente após o da adequação, pois apenas uma medida considerada adequada deverá ser submetida ao crivo da necessidade. Esse método empregado pode ser compreendido como aplicação da intervenção mínima.

Uma medida é cogente quando não há outra escolha que realize o fim pretendido com a mesma eficiência e que restrinja o direito afetado com mínima intensidade, pois se trata de um exame comparativo¹⁹. Dentre aquelas medidas consideradas idôneas, somente será considerada necessária àquela que aluda menor restrição ao direito fundamental tutelado no caso em questão²⁰. No momento em que o legislado recomenda ao aplicador do direito que atente para as circunstâncias particulares do caso concreto, determina aplicação gradual das medidas cautelares, inflige uma apreciação de comparação entre as medidas adequadas para que seja aplicada aquela menos gravosa ao direito de liberdade²¹.

O artigo 282 do Código de Processo Penal, nas lições de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró²² não ignora a exigência de que também seja aplicado às medidas cautelares pessoais, ante o seu caráter instrumental, acessório e provisório.

Nesse sentido há o requisito de que também seja justaposto às medidas cautelares pessoais, tendo em vista o seu caráter instrumental, acessório e provisório. Uma estratégia, de aferição seria no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, deve o juiz sopesar como variável a imposição de uma

¹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. p. 169-170. Nesse mesmo entendimento, MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 323.

¹⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 171.

²⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 326.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**, p. 716.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**, 716

pena privativa de liberdade em sentença condenatória. Se verificado na sua apreciação prévia, a constatação da possibilidade de uma pena de multa ou restritiva de direitos ao fim do processo, ou ainda a substituição da pena privativa de liberdade, a cominação da prisão preventiva será desproporcional na decorrência da persecução penal²³.

Isto posto, o que se visualiza no cenário forense nacional é a massificação das prisões cautelares, no mais das vezes adotadas como medidas de urgência para acalmar a opinião pública com a ilusão de justiça imediata, ainda que o parágrafo 6º, do artigo 282 do Código de Processo Penal determine expressamente que a prisão preventiva somente seja decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar. Esse fato pode ser observado por meio de dados estáticos. No Brasil, dentre o total de mulheres encarceradas 45,39% estão presas sem condenação²⁴, ou seja, vivemos em um país onde se pune sem ao menos a constatação, pelo Estado, de que houve o cometimento do delito.

Uma vez introduzidas às bases fundamentais das prisões cautelares no processo penal pátrio, procede-se a aferição do custo social da maternidade no cárcere, a partir da análise de dados estatísticos de forma a constatar a real situação do período puerperal e quais os reflexos do cárcere para a criança em seu primeiro estágio de vida.

3. Efeitos do habeas corpus coletivo nº 143641/sp: a constitucionalização do processo penal e a criança como prioridade absoluta

Conforme tutela a Constituição Federal em seu artigo 227²⁵ a família tem a obrigação de apoiar psicologicamente, tem responsabilidade sobre o desenvolvimento da formação moral, da facilitação e fornecimento do exercício de direitos e de priorização do menor em sua esfera de ação, o que por sua vez significaria renunciar coisas que a auto beneficiariam em prol da criança que de algo essencial carecer, em outro aspecto caberia

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coords.). **Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171-172. Nesse mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 72; SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**, p. 653-654; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais**, p. 53.

²⁴ Levantamento do Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-40-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo>>. Acesso em 28 maio 2018.

²⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

ao poder público, por sua vez, que consiste no judiciário, no legislativo e no poder executivo, a competência de empregar a atenção prioritária aos temas que dizem respeito à infância e à juventude e ter como finalidade o cumprimento e aplicação dos vários direitos que, na teoria, é assegurada²⁶.

A regra constitucional impõe preceitos à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação inclusive à convivência familiar e comunitária, colocando os a salvo de toda a forma de negligência, violenta, e crueldade por exemplo. Ou seja, diz que a criança ou adolescente, dado essa condição específica da pessoa humana, tem direito a ser criado e educado no seio de sua família para propiciar seu desenvolvimento em plenitude.

Devido à extrema importância do pleno desenvolvimento do indivíduo na complexa sociedade, é preciso reconhecer a vulnerabilidade da criança, uma vez que prepondera a condição peculiar da pessoa em crescimento, promovendo assim a revolução jurídica quando se reconhece a vulnerabilidade e se garante direitos diferenciados para a promoção da isonomia.

A Constituição da República assegura a igualdade no artigo 5º²⁷, dessa forma, como princípio constitucional expresso, o princípio da igualdade formal é assegurado na primeira parte do artigo citado anteriormente, o da isonomia, tratamento igual para os iguais e desiguais para os desiguais na medida de suas desigualdades, assegura tratamento diferenciado ao que fazem jus a essa diferença, no sentido de concretizar mecanismos viáveis de fornecimento de condições iguais para nivelar as desigualdades. A respeito dessa vertente do princípio da igualdade, Alexandre de Moraes²⁸ afirma que:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrada compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

É consenso que a igualdade é um princípio²⁹, e que constitui as bases estruturantes dos direitos fundamentais³⁰. Desse modo, compõe as disposição dos textos

²⁶ FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 100.

²⁷ 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 igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. Brasília: Senado Federal, 1988.

²⁸ MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

³⁰ Idem, p. 1173.

constitucionais após as revoluções liberais, em especial após a II Guerra Mundial, e estampada na Declaração Universal dos Direitos Humanos³¹.

Dessa forma igualdade pode ser entendida como regra e valor, como observa Robert Alexy³², em outras palavras as normas de direito fundamental podem possuir caráter dúplice, ou seja, podem agrupar as características de princípio e de regra. Outros autores têm enfatizado que a igualdade é, sobretudo, um valor. Um valor supremo que defini a essência do sistema estabelecido³³. Nesse sentido, isonomia é norma e valor, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1988, traz a como princípio norteado do sistema jurídico brasileiro.

Como parâmetro assegurador da efetivação do princípio da isonomia a Carta Magna traz em seu artigo 227, já mencionado anteriormente, a doutrina da proteção integral. Nesse aspecto, a personalidade humana não se desenvolve, nas suas potencialidades mínimas e básicas, nas instituições totais³⁴. Goffman³⁵ entende que a instituição total é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal.

Desse modo, em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu. Nessa perspectiva pode-se pensar que o cárcere tem um poder de modificar as estruturas do eu como pessoa, então com a criança não seria diferente, basicamente porque a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com o adulto³⁶.

A respeito das instituições totais, pode-se extrair preciosos ensinamentos sobre o fato de que não parecem promover uma substituição cultural completa, relacionado sobre tudo à aspectos presentes no contexto familiar. Em continuidade a esse raciocínio

³¹ Preâmbulo e artigo I da declaração, aprovada em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 20 ago 2018.

³²ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 136-138.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, v.33, nº 131, jul./set. de 1996, p. 289.

³⁴ A expressão instituições totais, empregada nesse texto, refere-se ao termo empregado por Goffman, em sua obra: manicômios, prisões e conventos. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.

³⁵ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.p. 22.

³⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 155.

Goffman³⁷ afirma que as instituições totais são também incompatíveis com outro elemento decisivo de nossa sociedade, qual seja: a família, pois a vida familiar é às vezes contrastada com a vida solitária. Porquanto a família tem um papel importante do ponto de vista da formação do eu, no sentido de que as instituições sociais, a exemplo da família e da comunidade, promovem uma integração cultural mais completa.

Esse princípio, por sua vez, é traduzido em decisões políticas fundamentadas que se concretizam por meio de normas conformadoras do sistema, quer dizer, são pilares norteadores do sistema jurídico visam essencialmente definir ou ainda poderia ser traduzida na matriz que conduzem os parâmetros norteadores das normas. No que tange a esse entendimento assim assevera Espíndola³⁸:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa, sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, mas as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse Caráter normativo não é predicado somente dos 'princípios positivos de Direito', mas também como já acentuado dos "princípios gerais de Direito" (grifo do autor).

Reconhecido o status jurídico dos princípios, sabe-se que têm positividade vinculante, caracterizando-se por serem normas sobre comportamento público. Desse modo, os princípios vinculam e possuem positividade, são normas, constroem, e são dotados de eficácia positiva e negativa.

Não obstante, os princípios e direitos aqui elencados, carecem de aplicação eficaz. Nesse sentido, com base na doutrina de Ferrajoli serão desenvolvidos os elementos que compõem o sistema de garantias em relação às pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A partir daí serão discutidas possíveis soluções para a aplicabilidade da lei na tentativa de uma possível transformação da realidade de filhos e mães no cárcere.

4. CONCLUSÃO

Têm-se, até o presente momento considerações conclusivas preliminares, posto que a pesquisa ainda se encontra em desenvolvimento. Pelo levantamento das hipóteses,

³⁷ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.p. 22.

³⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

pode-se conjecturar que o marco regulatório da primeira infância, traz alternativa a aplicação fática de princípios basilares em termos de cumprimento eficaz em relação ao fundamento da prioridade absoluta da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, qual seja: a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Apesar de Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok, e em sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional de direitos humanos. Cumprir essas regras é um compromisso internacional assumido pelo Brasil.

De fato, inegável é a necessidade da convivência familiar e comunitária do ser humano em sua primeira infância. Ferrajoli assevera que seria necessária uma meta garantia contra a legislação desordenada, impondo limites ao Estado, uma garantia constitucional que estabelece, o princípio da reserva da Lei e a utilização do direito penal como última razão em que deve ser utilizado somente em casos extremos, sugerindo uma proibição de leis fora dos códigos, contra abusos de legislações penais.

Em outro ponto da pesquisa, pode-se observar a omissão dos outros poderes públicos, em especial do Poder Executivo, e o agir do poder judiciário. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da aparente colisão entre o jus puniendi e o princípio do melhor interesse da criança, resta à análise dos efeitos dessas decisões e a extensão da norma, pois essa decisão aplicou o conteúdo dos direitos fundamentais atribuindo à exata existência de uma carga de subjetividade positiva direta a partir das normas constitucionais.

Por fim, um detalhe curioso: ao acolher o voto do relator, o Supremo Tribunal Federal decidiu que nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação. É dizer, sabendo da incapacidade estrutural de analisar um grande volume de petições de reclamação constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu limitar o instrumento, restringindo ao seu próprio controle sobre a efetividade da decisão.

REFERÊNCIAS

ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft law in international governance. International Organization, Cambridge, v.54, n°3, p.421-456, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEJANDRO W. Slokar; ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4. Edição. Revan, 2011.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

ARIÈS, P. **História social da infância e da família**. Tradução D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros Editora, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coords.). **Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARBERIS, Julio A. **La liberte de traiter des Etats et le jus cogens**. Max-Planck-Institut, 1970.. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>. Acesso em 10 de maio de 2016.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Record, 1991,

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.

BICUDO. Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo. Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOAVENTURA, Edivaldo. **Metodologia da pesquisa**: Monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5 ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 7. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm >.

BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de lei nº 111 de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal**: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. São Paulo, 2008. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: file:///C:/Users/casa/Downloads/dissertacao_agabriela_completa.pdf

BRASIL. **Código Penal**. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei Federal nº 13.257/2016. Brasília. 2016.

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

CAPELLETTI e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988..

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEREZO, Ana I. **Women in prison in Spain**: The implementation of Bangkok Rules to the Spanish prison legislation. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/Cerezo2017_Article_WomenInPrisonInSpainTheImpleme.pdf >. Acesso em: 05 jul 2018.

CERISARA, Ana Beatriz. **A educação infantil e as implicações pedagógicas do modelo histórico-cultural**. Cedes, ano 20, n. 35, jul. 2000, p. 78-95.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva: Cidadania e direitos humanos**. Livraria do Advogado, 2007.

CRENSHAW, kimberl. **University of California em Los Angeles Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> . Capturada em 13 de novembro de 2018.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiro, 2014.

DAMÁZIO, Reinaldo Luiz. **O que é criança**. Brasiliense, 1991.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **Curso de direito internacional público**. Rio. Forense. 2009

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores do livro Diritto e Ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000 : ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Título original: Il diritto come sistema de garanzie. . Madrid: Trotta, 1999.

_____ **La democracia constitucional**. In: CARBONELL, Miguel de. **En democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____ **Principia iuris I: teoría del derecho**. Madrid: Trotta, 2011a.

_____ **Principia iuris II: teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011b.

_____ **Principia iuris III: La sintaxis del derecho**. Madrid: Trotta, 2011c.

_____ **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. Título original: Il diritto come sistema de garanzie.

_____ **Teoria do direito e da democracia**. Bari: Laterza, 2007.

_____ **La semántica de la teoría del derecho**. In: Epistemología jurídica y garantismo. México: Fontamara. 2008.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FLORES, Joaquin Herrera. **Os direitos humanos no contexto da globalização**: três precisões conceituais. Lugar Comumn.2014.

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, Camila Mousquer. **O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos**: Exame do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < <file:///C:/Users/casa/Downloads/9FVaLlGxxu61Yrgz.pdf> >. Acesso em 30 ago 2018.

GARCIA, Margarida Bosch. Um Sistema de Garantia de Direitos – Fundamentação (A). In: **Sistema de garantia de direitos**: Um caminho para a proteção integral. Recife: Cendhec, 1999.

GHIRALDELLI, Paulo Júnior. **As concepções de infância e as teorias educacionais modernas e contemporâneas**. Disponível em: <www.filosofia.pro.br/textos/infancia.htm >.

GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**: Hacia un código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: < <http://www.gidi.com.br/publications/> >. Acesso em: 14 jun 2018.

GIDI, Antonio. **El concepto de acción colectiva**. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**: Hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: < <http://www.gidi.com.br/publications> >. Acesso em: 14 ago 2018.

SOARES, G.F.S. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOOFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og

(Org.). **Medidas cautelares no processo penal**: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONZÁLEZ, Miguel. A construção social da infância. In: **Infância na ciranda da educação**: Uma política pedagógica para zero a seis anos. Belo Horizonte: CAPE, 1994.

KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro**: Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud, 1997.

KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro**: Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud; 1997.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARROSA, Jorge. **Pedagogia profana**. Porto Alegre: Contrabando, 1998.

LARROSA, Jorge; LARA, Nuria Pérez. **Imagens do outro**. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOPEZ, Juana Inés Acosta; VALLEJO, Ana María Duque. Declaración universal de derechos humanos, norma de ius cogens ?, Revista Colomb. Derecho Bogotá(Colombia), n.12. 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 20 ago 2018.

PEIXINHO, Manuel Messias. **A interpretação e os princípios fundamentais: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POPPER, Karl Raimund. **O conhecimento objetivo: Uma abordagem revolucionaria**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1975.

RAWLS, John. A ideia de elementos constitucionais essenciais. In: RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Atica, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Reale, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: Curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICO, José María. **Justicia penal y transición democrática en America Latina**. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997..

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**, Rio de Janeiro. Forense. 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de direito penal juvenil: Adolescente e ato infracional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades a realidade imposta pelo cárcere à família**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. (Coleção PROPG Digital-UNESP). ISBN 9788579837036. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/138596>>.

SILVA, Helena Oliveira; SILVA, Jailson de Souza. **Análise da violência contra as crianças e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global Brasília. Unicef, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPOSATO, Karyna Batista. Juventude: Da invisibilidade à redução da maioridade penal. In: Gustavo Venturi (org.). **Direitos humanos**: Percepções da opinião pública análise de pesquisa nacional. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

_____. **Mulher e direito penal**: Mulher e cárcere uma perspectiva criminológica. Coordenadores Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAMPIER, Deborah. Agência CNJ de Notícias. **Regras de Bangkok jogam luz nas mazelas de gênero do sistema penal**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-degenero-do-sistema-penal-diz-autora>>. Acesso em 3 maio 2018.