

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

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO

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 (UFESM – 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)

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

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

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-873-8

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

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

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.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MÃES E FILHOS NO CÁRCERE, E O EFEITO DO LEADING CASE PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ESTADO DE SERGIPE

THE SUPREME FEDERAL COURT, MOTHERS AND CHILDREN IN PRISON, AND THE EFFECT OF THE LEADING CASE TO THE COURT OF JUSTICE IN THE STATE OF SERGIPE

Nayara Sthéfany Gonzaga Silva ¹
Mayara Barbosa Soares Santos Moura ²

Resumo

O estudo objetiva examinar o leading case, qual seja: o Habeas Corpus coletivo 143.641, com a finalidade de aferir a aplicação desse precedente, do Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Justiça de Sergipe. Isto posto, Metodologicamente, o trabalho estrutura sua metodologia de abordagem do tema é analítica, empírica e crítica. Parte-se da análise de conceitos jurídicos estabelecidos, segue-se para uma verificação empírica, a partir da jurisprudência, e desenvolve-se a crítica argumentativa a partir de referências teóricas pertinentes. Para tanto, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, de natureza qualitativa, tendo como principal aporte teórico os estudos da teoria do garantismo Ferrajoli.

Palavras-chave: Leading case, Mães, Presas, Crianças

Abstract/Resumen/Résumé

The study aims to examine the leading case, namely: collective Habeas Corpus 143,641, with the purpose of assessing the application of this precedent, Supreme Court, in the Court of Justice of Sergipe. This is put, methodologically, the work structure its methodology of approach of the topic is analytical, empirical and critical. Based on analysis of established legal concepts, it follows for an empirical verification, from the jurisprudence, and argumentative criticism is developed based on pertinent theoretical references. For this purpose, research characterized as a bibliographic, of qualitative nature, with main theoretical contribution being the studies of theory of Guarapism Ferrajoli.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Leading case, Mothers, Child, Prisoners

¹ Mestre em Direito Pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Processo Penal e Direito Penal pela Universidade Tiradentes.

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

1.INTRODUÇÃO

Em 8 de março de 2016, entrou em vigor a Lei nº 12.357 de 2016, esse marco normativo estabelece princípios e diretrizes importantes. Em consonância com os parâmetros do Estatuto da Primeira Infância, formula e propõe políticas públicas para a primeira infância em atenção às especificidades e com destaque, aos iniciais anos de vida do desenvolvimento do ser humano.

Com fundamento nos dispositivos citados anteriormente, o emblemático acórdão proferido no Habeas Corpus Coletivo¹ 143.64, em 20 de fevereiro de 2018, foi um dos mais importantes do ano, em matéria constitucional-penal. Ele conferiu ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou mães de crianças.

Nesse cenário, a problemática da pesquisa em tela é analisar se, ao julgar os Habeas Corpus de mulheres presas preventivamente e com filhos menores de 12 anos, o Supremo Tribunal Federal concilia, pondera e sopesa o *jus puniendi*² do Estado e o princípio do melhor interesse da criança. Por conseguinte, busca-se aferir a aplicação e os efeitos da decisão da Corte Constitucional Brasileira nos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Dada essa circunstância, visa-se à luz do aporte teórico garantista de Ferrajoli³ verificar o problema em questão: a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, especificamente dos impúberes que se encontram acompanhados de suas mães no cárcere.

Em princípio, busca-se considerar, com base nos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional, a concretização do princípio do melhor interesse da criança. Para tanto, realiza-se análise na perspectiva do juspositivismo crítico⁴, sob o ponto de vista da teoria geral do garantismo, a política constitucional e sua hermenêutica, a fim de trazer uma

¹ Em razão da importância da matéria contida no acórdão, os presentes comentários são feitos a partir de dados eletrônicos da emente bem como da notícia publicada pelo STF em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>.

² É entendido como potestade punitiva do Estado, explanada como poder de conferir, aplicar e executar as penas; o segundo os de normas primárias e secundárias que lhe dá aparência e, de certa forma, conforma o Direito penal (*ius penale*) compõe seu outro sentido, o utilitário. O principal sentido possui caráter, de modo conspícua político, enquanto o segundo concebe o seu aspecto normativo. Desse modo, a Política criminal institui “a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização-descriminalização.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

⁴ 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.

solução para o aparente conflito entre o direito de punir e o direito de convivência entre mãe e filho, quando esta esteja presa.

Por derradeiro, visa-se ainda analisar os custos sociais da maternidade no cárcere e a aplicação do Habeas Corpus Coletivo nº 14.3641/SP. Posteriormente, se dá a análise de conteúdo⁵ do precedente: Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Esse método constitui-se por ser um conjunto de técnicas utilizadas na análise de dados qualitativos. Análise se dá, sobretudo de casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, entre 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, sob a ótica do Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF, traçando diagnósticos sobre o melhor interesse da criança versus o Direito de Punir do Estado, em casos de mães em prisão preventiva que requerem prisões domiciliares.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641: MÃES E FILHOS NO CÁRCERE PELO DIREITO DE ESTAR JUNTO

O foco central do trabalho é o estudo do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 e das prisões cautelares, a fim de analisar os impactos sofridos que alcançaram mães e seus filhos no sistema prisional, e qual o efeito do Habeas Corpus Coletivo no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Diante da alteração promovida pelo Estatuto da Primeira Infância, em possibilitando uma nova modalidade de prisão domiciliar em detrimento à 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, bem como em favor das próprias crianças.

Para explicitar ainda mais a decisão, em 25 de outubro de 2018, a Suprema Corte, manifesta-se a respeito do *leading case*⁶, ratificando a insuscetibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo de recurso ou outras ações cabíveis, declarando o Habeas Corpus Coletivo 13.641, como precedente vinculante e obrigando os tribunais a cumprirem.

⁵BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. L'Analyse de Conremt. Presses Univcrsitaires de France. Tradução de Luís Antero Reta e Augusto Pinheiro. 1977.

⁶ Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.) explica que o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”.

Por fim, em 19 dezembro de 2018, é sancionada a Lei nº 13.769, que altera mais uma vez o artigo 318 do Código de Processo Penal, desta vez adotando perspectiva mais restritiva.

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 coletivo nº 143.641⁷ para decretar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar às mulheres detidas, 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 319⁸ do Código de Processo Penal (CPP).

Mesmo que não seja o objetivo principal deste trabalho examinar propriamente a legitimidade do *writ*, é interessante notar que os ministros da Segunda Turma discutiram a aceitação do Habeas Corpus coletivo. Para o relator, ministro Ricardo Lewandowski, o habeas corpus, como foi apresentado, na extensão coletiva, é cabível⁹.

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 direitos¹⁰. Pode-se entender que a proteção de direitos e interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva *stricto sensu*, que não eram antes assegurados pelos ordenamentos

⁷ 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.

⁸ Para melhor compreensão, ressalta-se o disposto no Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: essa redação foi dada pela Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. 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; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. 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; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. 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; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. 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; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. IX - monitoração eletrônica. Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. Incluído pela Lei nº 12.403 de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 25 de Janeiro de 2019.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

jurídicos, e 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 da necessidade de repensar os costumeiros instrumentos processuais. De modo similar, é o que ocorreu ante a admissão da Legitimidade do habeas Corpus Coletivo no Supremo Tribunal Federal¹¹ Como ensinam Capelletti e Bryant Garth¹²:

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, a 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 Antonio Gidi¹³ e Mafra Leal¹⁴, conhece-se por coletiva aquela ação 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.

Pensa-se que, em se tratando de prisão preventiva das gestantes ou das mães com filhos em primeira infância faz-se necessário se estabelecer políticas públicas específicas atendo-se a realidade emitida pelo relatório do Depen¹⁵ e das Secretarias Estaduais, das comissões para atendimento dos direitos da mulher presa e egressa. A realização de audiência de custódia¹⁶ em no máximo 24 horas após a prisão para, principalmente, pelo fato de

¹¹ Por meio de analogia, o Supremo Tribunal Federal invoca o art. 12 da Lei nº 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção Coletivo) para a definição da legitimidade ativa, assegurada ao Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação (para a defesa dos direitos de seus membros ou associados) e defensorias públicas.

¹² CAPELLETTI e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

¹³ 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, p. 14. Disponível em: < <http://www.gidi.com.br/publications> >. Acesso em: 14 ago 2018.

¹⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 80-83.

¹⁶As acepções básicas das audiências de custódia jazam na indigência de realização de um ato presencial de exposição a ser inserido no fluxo procedimental do auto de prisão em flagrante e seu esclarecimento. Para além de uma designação dos trâmites, com o alargamento de espaços de oralidade e possibilidades de máxima reverência formal ao contraditório e à ampla defesa. FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolf. **As audiências de custódia no Brasil**: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial.

verificar as condições do aprisionamento para as gestantes ou mães¹⁷, é uma tática eficaz para se aferir a realidade específica de cada caso concreto.

É imperativo que se tente aplicar, continuamente medidas cautelares ou prisões domiciliares, tendo em vista que, a experiência da maternidade no cárcere causa grande sofrimento às presas: desde o momento da gravidez, passando pelo convívio com os filhos dentro da prisão, o momento da separação e, ainda, no difícil contato posterior à separação entre mãe detenta e filho/família, como apontam Larissa Pereira e Gustavo Ávila¹⁸.

Na sequência, analisa-se a aplicabilidade do Habeas Corpus Coletivo 143641 / SP, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

3. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE: MATERNIDADE, PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO DOMICILIAR

Como já explicitado na primeira parte desta dissertação, o princípio do melhor interesse da criança surgiu com a implementação da doutrina da proteção integral, fundamental referência para a consolidação dos direitos das crianças e adolescentes.

Nessa linha de raciocínio, muito se tem arrazoado sobre a necessidade de garantir o melhor interesse da população infanto-juvenil em situações que restringem a convivência familiar, social e comunitária que elas estejam envolvidas. Não obstante, tem-se percebido que tal princípio é detentor de uma forte dose de abstração, pois o poder de discricionariedade do Judiciário é grande quando existem interesses de crianças e adolescentes envolvidos.

Nesses casos, incumbe ao magistrado analisar o caso concreto detalhadamente, pois será diante das suas particularidades que se poderá atingir o que é melhor para cada infante.

Por analisar os princípios como forma de normas finalísticas¹⁹, Ávila aconselha a utilização de determinadas diretrizes para a sua apreciação, quais sejam: i) concretização do

Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/5116/3749>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

¹⁷ O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ n. 213, que estabelece a apresentação a uma autoridade do Poder Judiciário, no prazo de 24 horas, de toda pessoa presa em flagrante delito. O procedimento está previsto em tratados internacionais que o Brasil assinou, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87448-tribunais-tem-60-dias-para-regularizar-audiencias-de-custodia>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

¹⁸ PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere** – uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf>>. Acesso em: 7 de janeiro 2017. p. 17.

¹⁹ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

maior detalhamento do seu objetivo; ii) investigação nos Tribunais Superiores de casos que se enquadrem de modelo para a compreensão da postura aspirada com sua efetiva aplicação; iii) aparelhamento de conjuntos de casos abalizados no mesmo problema, os quais serão identificados por seus assuntos nucleares; iv) assimilação dos requisitos essenciais para a construção de uma situação exemplar, por meio da apuração de suas variantes, bem como das procedimentos indispensáveis para a sua concretização; v) apurar a ocorrência de casos sobre os quais o princípio deveria incidir, servindo como fundamento para a sua decisão.

A análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, portanto é o meio concreto de aferir a aplicação do princípio da convivência familiar e comunitária, ante a consonância ao Habeas Corpus Coletivo²⁰ 143.641 do STF. Averiguar o alcance dessa decisão no Estado de Sergipe é estimar a possibilidade fática de aplicação do princípio do melhor interesse, em detrimento ao direito de punir do Estado, ou seja, será possibilita visualizar a aplicação do direito na realidade do Estado se Sergipe²¹.

Nesse contexto, Garapon (1997) adverte que não é a inexistência de normas, contudo é a construção de um direito assaz abstrato e ideal que suscita uma anormalidade em sua efetivação no campo prático, visto que se torna algo inaplicável, sendo a causa para o

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.85.

²⁰ Sarmento ensina que é inegável, que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio da impetração de habeas corpus coletivo, se insere na tendência contemporânea de coletivização da tutela de direitos, não havendo qualquer atributo no referido writ que desautorize essa conclusão. Pelo contrário, a específica desproteção de grupos vulneráveis em matéria penal e a fundamentalidade do direito ao status libertatis apontam para a seriedade do reconhecimento do habeas corpus coletivo. O cabimento da via multitudinária do habeas corpus transcorre, ainda, da própria maleabilidade deste remédio processual, abonada pela sua ambição protetiva. SARMENTO, Daniel. GOMES, BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2018.

²¹ Pode-se nesse momento, trazer a baila a necessidade de se alçar o máximo possível de pessoas que possuam direitos fundamentais lesionados e assim, de forma coletiva possa ser atendidas as demandas. Sarmento assevera a importância do reconhecimento de diversificação de métodos de resolução e concretização sobre tudo de direitos fundamentais, em que na sociedade, os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que preveem o ajuizamento de tantas ações quantas forem às pretensões, também podem deixar a apeterer em relação à proteção de direitos subjetivos individuais Diante do aumento populacional e da progressiva complexificação das relações sociais, é banal que um mesmo ato ou evento maléfico repercute na esfera jurídica de grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direito similares. Não é de se surpreender, portanto, que dentre as iniciativas estatais direcionadas a equacionar da melhor forma as necessidades da sociedade contemporânea encontrem-se esforços orientados a dar respostas supraindividuais a desafios massificados. Aqui também repousa mais um argumento da necessidade de aferição do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. SARMENTO, Daniel. GOMES, BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2018.

distanciamento do que é previsto nos livros e até mesmo nas normas para o que é vivenciado nos tribunais.

A metodologia de pesquisa adotada²² partiu da busca na plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por análise jurisprudencial, na classe judicial Habeas Corpus Criminal, pelo termo: “prisão domiciliar filhos”, no período correspondente entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019.

Válido salientar, que o critério de escolha temporal foi dado pelo fato da publicação da Lei nº 12.403, ocorreu justamente em 4 de maio de 2011²³, posto que, esse regramento disciplinou a prisão domiciliar, dando continuidade às reformas legislativas no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro.

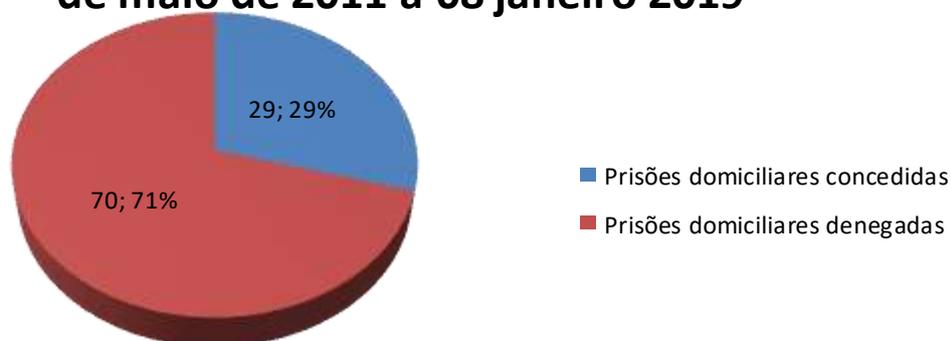
O marco temporal final deu-se em virtude da última alteração possível de ser realizada nesta investigação, ou seja, 8 de janeiro de 2019. Como resultado, tem-se um total de 99 casos que registram a impetração de pedidos de prisão domiciliar de mulheres mães encarceradas preventivamente. Dentre esse montante, 29 casos resultaram na concessão da ordem em prisão domiciliar, em contrapartida aos 70 casos nos quais se manteve a prisão preventiva. Para melhor visualização, observa-se a seguir:

Gráfico 1 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019

²² Conveniente são as considerações de Gody sobre pesquisa qualitativa, em que revela que O estudo de caso tem se tornado a estratégia preferida quando os pesquisadores procuram responder às questões "como" e "por quê" certos fenômenos ocorrem, quando há pouca possibilidade de controle sobre os eventos estudados e quando o foco de interesse é sobre fenômenos atuais, que só poderão ser analisados dentro de algum contexto de vida real. GODOY, Arilda Schmidt. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3>. capturado em 28 de Janeiro de 2019

²³ A 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. A questão que concerne ao foco da pesquisa diz respeito sobre tudo, ao artigo 318, que trata da prisão domiciliar.

Expressão : "Prisão domiciliar filhos", entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

A importância desse diagnóstico reside no fato de que a Lei 12.403 de 2011 adota a possibilidade de medida cautelar diversa da prisão preventiva. Especificamente o inciso III, recomenda que ao agente que for imprescindível aos cuidados especiais de pessoas menores de 6 anos de idade ou com deficiência mental, poderá ser concedida o cumprimento do benefício da prisão domiciliar. Aqui já se encontra a preocupação do legislador com o melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, constata-se a necessidade de um maior detalhamento desse lapso temporal, em virtude de uma apreciação mais clara dos resultados e influências da modificação legislativa no caso concreto.

Diante dos resultados iniciais, pode-se pensar que as reformas referentes ao Código de Processo Penal, sobretudo a advinda com a lei 12.403 de 2011, especificamente quanto ao caso da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, surge com a perspicaz intenção de avigorar cada vez mais o respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição, e não apenas respeitá-lo, mas tornar factíveis seus postulados democráticos concretizados em princípios, normas, garantias e direitos fundamentais. Todavia, como se verá adiante, por mais que se institua como uma nova figura legal, a nova Lei ainda apresenta fragilidades e vícios.

Por esse ângulo, quanto à interpretação da Lei 12.403 de 2011, verificou-se um percentual de 29,9%, de prisão domiciliar em contrapartida a 70,71% de manutenção de prisões preventivas, o que demonstra mais encarceramento institucional que resguardo domiciliar, pois em um universo de 99 casos, 29 foram de concessão de prisão domiciliar em detrimento da prisão preventiva, e 70 casos pela manutenção da restrição de liberdade na

instituição total. Em meio a esta celeuma, impossível deixar de mencionar as palavras de Raúl Zaffaroni²⁴:

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva perversa) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os inimigos perde muito de seu sentido, uma vez que estão empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como inimigos no exercício real do poder punitivo.

Observa-se nos casos analisados em questão, banalização do instituto das Prisões Cautelares do Direito Processual Penal. Outro fator apreendido é o dever da obrigação de proporcionalidade entre a prisão preventiva, como modalidade de prisão cautelar, e a pena que provavelmente seria aplicada ao final do processo, em caso de condenação.

Em contrapartida, sempre que no curso do processo, o juiz (a) verificar que, diante da provável pena a ser aplicado, o acusado não será submetido à pena privativa de liberdade, deverá revogar a prisão. Diante disso, propõe-se uma alteração do Código de Processo Penal, apontando que a proporcionalidade é um requisito para a decretação das prisões preventiva e, por outro lado, a desproporção com a pena provável autoriza a revogação de tal medida cautelar²⁵.

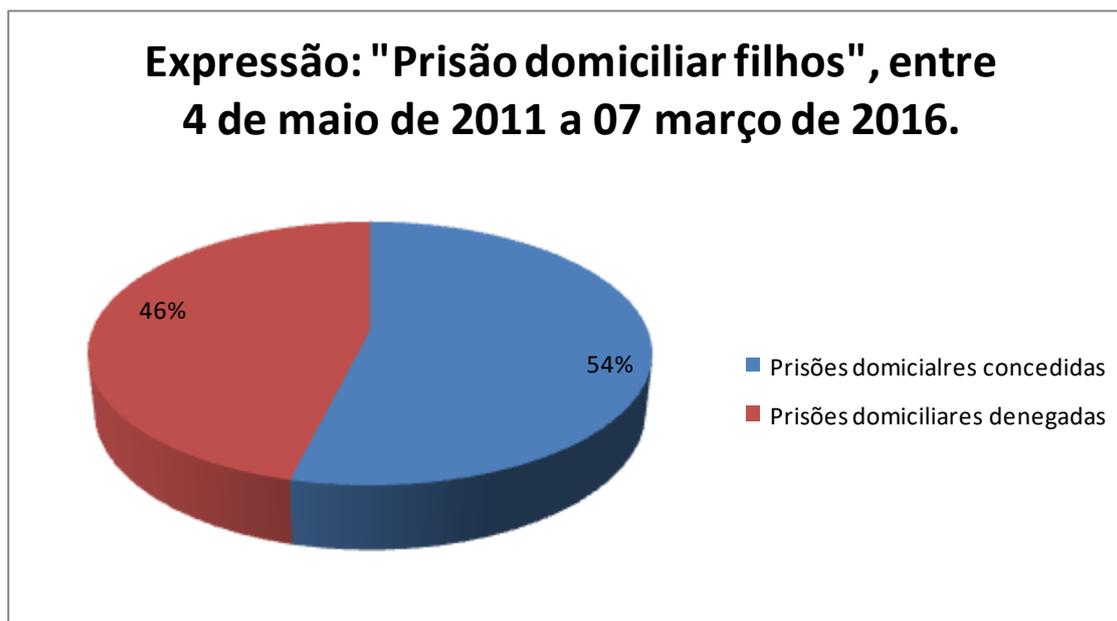
A segunda etapa da pesquisa, realizada através da plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, foi feita adotando-se a mesma expressão anterior: “Prisão domiciliar

²⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Coleção Pensamento Criminológico, 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81-82.

²⁵Nesse momento é importante trazer a baila, o raciocínio já trabalhando anteriormente de que, 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. A par disso, 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 a pressuposição abstrata legal para tanto. Ou seja, a privação de liberdade, como assevera Magalhães Gomes Filho é providência de *extrema ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa, conforme raciocínio já tratado, no capítulo das prisões cautelares, especificamente no aporte teórico GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, p. 39. Em continuidade a esse pensamento, não é o critério da culpabilidade em questão, mas sim um juízo de possível periculosidade. A racionalidade feita é uma projeção a partir do crivo da razoabilidade de ordem que, necessidade, adequação, e a apreciação da proporcionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais deve ser realizada inicialmente a partir do exame da adequação. Como estratégia, de aferição sugere-se seria no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, que o juiz deve sopesar a projeção, tendo como variável a imposição de uma possível pena privativa de liberdade, ou modalidade diversa, em prospecção a sentença condenatória. Nas lições já tratadas de 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.

filhos”. Ocorre que dessa vez, o período selecionado deu-se entre 4 de maio de 2011, ante a implementação da Lei 12.403, e a 07 março de 2016, pois em 8 de março de 2016, esse critério de escolha temporal foi dado pelo fato, da publicação da Lei 12.403, justamente em 4 de maio de 2011²⁶.

Gráfico 2 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

A pesquisa na plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, com a expressão: “prisão domiciliar filhos”, durante o período entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, apresentou 13 casos. Desse total, foram 7 prisões domiciliares concedidas, em detrimento de 6 prisões preventivas mantidas. Percentualmente, esse número correspondeu a 54% de prisões domiciliares concedidas em detrimento de 46% de prisões domiciliares denegadas.

É inexoravelmente utópica a ambição de se esgotar as alterações e polêmicas entorno da Lei nº 12.403 de 2011 em um trabalho acadêmico como é a produção científica na estética dessa dissertação. Realmente não fora esta a aspiração deste, ocorre que a Lei nº 12.403 de 2011 é mais uma legislação cunhada com o desígnio de se polir cada vez mais a técnica jurídico-processual penal brasileira, no sentido de tornar cada vez mais o Direito Penal e

²⁶ A 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. A questão que concerne ao foco da pesquisa diz respeito sobre tudo, ao artigo 318, que trata da prisão domiciliar.

Processual Penal conveniente, ansiando adequá-lo ao Estado Democrático. Ela avigora a noção de respeitabilidade constitucional.

Portanto, conseguiu através de sua precária técnica de digitação, notória em certos momentos, se contradizer, a exemplo, dos arts. 312²⁷, parágrafo único e 313²⁸, inciso, I, quando ao mesmo tempo, impossibilita a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena máxima inferior a 4 anos ou ao mencionar no art. 310, inciso II, a conversão do flagrante em preventiva quando presente os requisitos do art. 312, mas, esqueceu de mencionar a necessidade dos do art. 313, que devem ser lidos em conjunto.

Para além de se ter o esforço em esclarecer os percalços e a efetiva aplicação da Lei nº 12.403 de 2011 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e, ao mesmo tempo, tentar agregar a partir da interpretação principiológica e garantista à luz da Constituição Federal de 1988, tenta-se dar contribuição à dialética dos debates que estão sendo travados por toda a esfera jurídica brasileira.

A sequência da pesquisa deu-se na busca das decisões, em sede de Habeas Corpus Criminais no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, promovida pela alteração do artigo 318 do CPP, em 2016. Com a mesma expressão: “Prisão domiciliar filhos”, pois são palavras que caracterizam a essência do artigo 318 e seus incisos

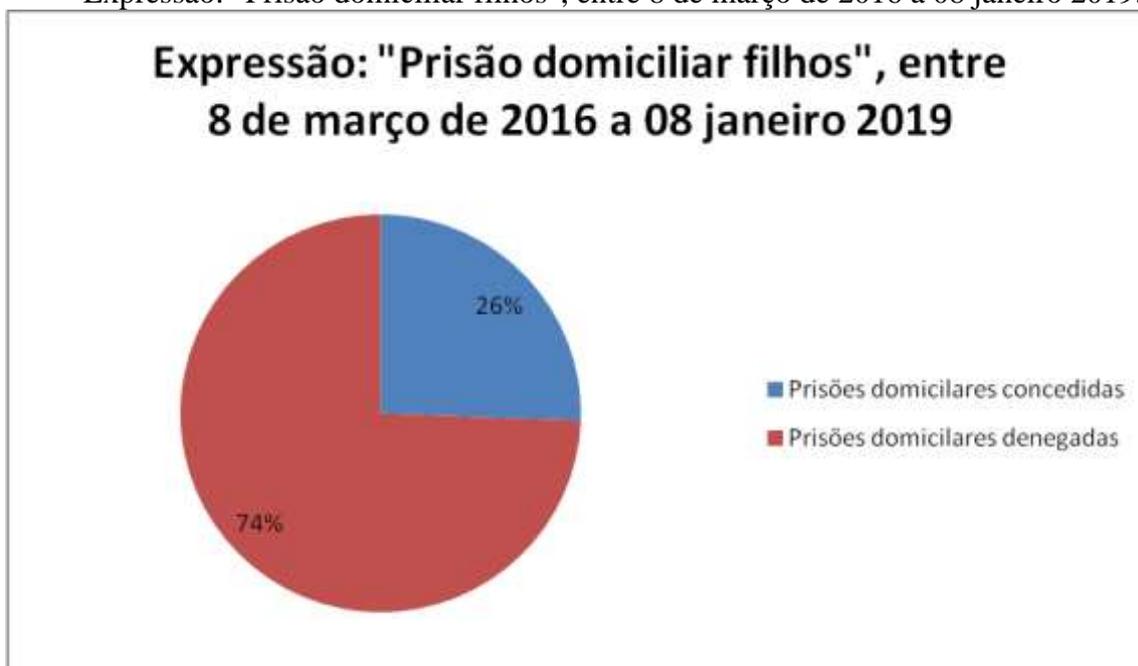
Agora, o período correspondente é de 8 de março de 2016 a 8 de janeiro de 2019. A circunscrição cronológica foi selecionada para aferir, de maneira geral, as alterações fáticas agenciadas pelo Marco Legal da Primeira infância, no que concerne as prisões domiciliares. Pois, trata-se de importante alteração, com a entrada em vigência em 8 de março de 2016. Assim, torna-se possível, a averiguação, fática em relação à conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar.

²⁷Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 284, §4º). Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 10 de janeiro de 2019.

²⁸ 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. Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 10 de janeiro de 2019.

Na perspectiva do gráfico a seguir, é possível expor de maneira geral, o número, de concessões de Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, pela expressão adotada desde o início desta investigação.

Gráfico 3 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Totalizaram-se 86 casos de Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019. Dentre esse conjunto, 22 casos com a ordem de concessão da prisão domiciliar e 64 casos pela manutenção da prisão preventiva²⁹.

Aproximadamente, 74% de prisões preventivas em detrimento de 26% de prisões domiciliares, o que demonstra que proporcionalmente, o número de mulheres encarceradas durante a fase de instrução processual cresceu, em comparação ao período, de 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, ou seja, antes do Marco Legal da Primeira infância, nos casos analisados pelo tribunal de justiça do Estado de Sergipe.

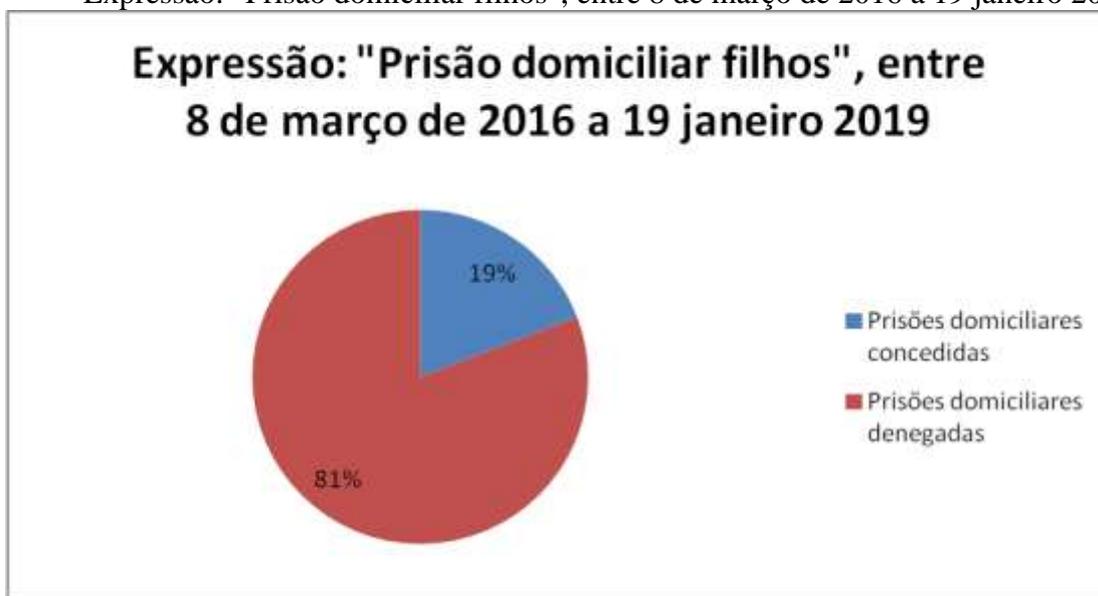
De pronto, pode-se perceber a evolução, um resultado comparativo no Tribunal de Justiça de Sergipe, em relação à concessão de prisões domiciliares de mulheres mães presas

²⁹ Esse lapso cronológico, em virtude da alteração, ao artigo 318, promovida pela Lei nº 12.357 de 2016, sobre tudo ao que diz respeito o inciso IV - gestante; e o inciso V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

preventivamente. Na perspectiva do tempo, antes e depois do Estatuto da Primeira Infância, observa-se proporcionalmente, o número de 54% de prisões domiciliares concedidas antes do Marco Legal da Primeira Infância, em detrimento de 26% de prisões domiciliares concedidas na vigência do Marco Legal da Primeira Infância.

Por fim, a ultima etapa adotou, a busca pela expressão: “Prisão domiciliar filhos”, durante o período de 8 de março de 2016 a 19 de fevereiro de 2018. Esta data refere-se ao ultimo dia antes da decisão do STF, qual seja: O Habeas Corpus Coletivo 143.641. Conforme se demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico 4 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 19 janeiro 2019.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Com um montante de 47 casos, apurados no referido período, foi registrado exatamente 9 casos que concederam prisão domiciliar, ou outra modalidade de medida cautelar diversa da prisão preventiva, em detrimento de 38 casos de manutenção da prisão preventiva, ou seja, 81% de prisões domiciliares denegadas em detrimento de 19% de prisões domiciliares concedidas.

Depreende-se desses resultados em relação ao período anterior ao Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF, apontou 19% de prisão domiciliar concedida, em relação ao período correspondente de 8 de março de 2016 a 8 de janeiro de 2019, ou seja: após a decisão do STF no HC coletivo 143.641, com 26% de prisão domiciliar concedida.

O que se pode afirmar, nesse momento, é que o número de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar caiu entre o tempo correspondente a vigência do marco Legal

da Primeira Infância, e o anterior a publicação do Habeas Corpus Coletivo do Tribunal Federal de Sergipe, tendo em vista que entre o lapso temporal compreendido entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, percentualmente, esse número correspondeu a 54% de prisões domiciliares concedidas em detrimento de 46% de prisões domiciliares denegadas, ou seja concedeu-se mais prisões domiciliares proporcionalmente em um momento anterior ao Estatuto da Primeira Infância.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo dos capítulos e dos argumentos apresentados desta dissertação, há que se concluir que:

Averigua-se que a solução do conflito é casuística, pois intérprete encontra o “valor”. com isso, tacitamente e por comparação, encontra também a força com que deve enquadrar a restrição a ser imposta ao princípio de menor valia diante do embate. Prontamente, almeja-se a execução da Lei nº 13.257 de 2016 em conformidade com os pareceres constitucionais, notadamente no que diz respeito às hipóteses de cabimento da substituição de prisão privativas de liberdades, reguladas no artigo 318 do Código de Processo Penal. Ou seja, a devida circunspeção de interesse entre o Jus Puniendi e o melhor interesse da criança.

Em relação aos julgamentos proferidos por Habeas Corpus Criminais pela manutenção da prisão preventiva ou prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019. Aqui se pretendeu aferir a aplicação do HC coletivo 143.641 do STF no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Através da busca pela expressão “Habeas Corpus Coletivo”, no período corresponde entre 20 de fevereiro de 2018³⁰, a 8 de janeiro de 2019.

Foram revelados 3 casos de prisão domiciliar em detrimento de 14 casos de manutenção da prisão preventiva em um montante de 17 casos. Uma discrepância alarmante. Ou seja, traduz um percentual de 82% de prisão preventiva em detrimento de 18% de prisão domiciliar.

O diagnóstico geral a respeito de como foi tratado o assunto pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe exprime uma sugestão. De modo geral, expressa que existe possibilidade de decretação, diversa da prisão, tanto da preventiva, quanto da domiciliar. Essa resposta pode ser objetada pelo fato da existência de modalidade diversa da prisão preventiva para fiscalização estatal. Podem-se exemplificar os casos em que demandam tal monitoração,

³⁰ Essa data 20 de fevereiro de 2018, foi escolhida em virtude da publicação do 20 de fevereiro de 2018, pela 2ª Turma em que concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.

e necessidade fática a tornozeleira eletrônica e até mesmo aplicação de medidas cautelares com obrigação específica contígua ao Juízo da persecução criminal.

Tornar o tema visível e fomentar seu debate contribui não apenas para um tratamento equitativo e justo da garantia dos direitos de mulheres e crianças à saúde, maternidade e convivência familiar, mas também permitem repensarmos que modelo social e quais interesses deverão ser privilegiados na construção de políticas públicas.

Por enquanto, medidas de encarceramento têm predominado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ou seja, o direito de punir do Estado, transfigurado na questão da ordem pública, presunção de violência e grave ameaça preponderaram em detrimento ao princípio do melhor interesse da criança, e a convivência familiar e comunitária.

Contudo, é urgente refletir a respeito da possibilidade de outras medidas alternativas ao recolhimento institucional. Pois essa complexa questão da proteção dos direitos das crianças que crescem com suas mães no cárcere, na prática, ocorre a não efetivação da proteção aos direitos infanto-juvenis, posto que no Brasil 1.111 crianças encontram-se encarceradas em virtude de suas mães estarem detidas.

Houve avanço, quanto a matéria de mães e filhos e o cárcere brasileiro, mas esses são ínfimos em relação à realidade. Opera-se nesse sentido, nítida ofensa a princípios constitucionais, como presunção de inocência, legalidade, intranscendência da pena, melhor interesse da criança e do adolescente, convivência familiar e comunitária. Trata-se, pois, de limites que deveriam sempre ser resguardadas pelo Estado democrático de Direito, na perspectiva dos ideais garantista. As mazelas de gênero, cor de pele, e idade ainda preponderaram.

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.

_____. **Teoría 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.

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.

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

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/113257.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, Lúvia; 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, Lúvia; 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.

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

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.

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/9FVaLIgxxu61Yrgz.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.

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 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.

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.

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

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.

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>>.

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.

