



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

Faculdade de Direito - FaDir

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**A responsabilidade do Estado pela vida de crianças filhas/os de responsáveis
encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso**

Milene de Faria Santos Ramires

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Araujo Neves

Rio Grande (RS), 2023.

Milene de Faria Santos Ramires

**A responsabilidade do Estado pela vida de crianças filhas/os de responsáveis
encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade de Direito (FADIR)
da Universidade Federal do Rio Grande -
FURG, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Araujo Neves

Rio Grande (RS), 2023.

Milene de Faria Santos Ramires

**A responsabilidade do Estado pela vida de crianças filhas/os de responsáveis
encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso**

Data da defesa: 16/12/2022.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Rita de Araujo Neves (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande – FURG

Profa. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner
Universidade Federal do Rio Grande – FURG

Júlia Castro John
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, Mestranda em
Direito pela Universidade de Lisboa e Pesquisadora estagiária na Universidade
Sorbonne Paris Nord

Agradecimentos

Agradeço a Deus, primeiramente, por toda força e proteção que sempre tive para superar as dificuldades e os obstáculos impostos em meu caminho.

Agradeço à minha família, especialmente à minha mãe, Marisa, e à minha avó, Arady, por serem a base e o apoio quando necessito. Agradeço, também, às minhas primas e irmãs de coração, Bibiana e Laura Maria, por serem meu porto seguro.

Agradeço às/os amigas/os que se fizeram presentes nesta fase tão importante da minha vida acadêmica, principalmente, à Clarisse, à Laura e à Gyédri.

Agradeço ao Defensor Público atuante na Comarca de Jaguarão (RS), Dr. Gustavo Carlos Couto Knopp, por todo o conhecimento compartilhado, por ser meu incentivador, colaborador da pesquisa e, acima de tudo, pela amizade sincera e verdadeira.

Agradeço, por fim, à minha orientadora, Profa. Dra. Rita de Araujo Neves, por todos os ensinamentos, pela compreensão em momentos necessários, pela trajetória que construímos juntas e pelo auxílio essencial para a conclusão do presente trabalho.

Que a vossa proteção, Cosme e Damião, conserve meu coração simples e sincero, para que sirvam também para mim as palavras de Jesus: “Deixai vir a mim os pequeninos, porque deles é o Reino do céu”.

(Trecho da Oração de São Cosme e Damião)

Resumo

RAMIRES, Milene de Faria Santos. **A responsabilidade do Estado pela vida de crianças filhas/os de responsáveis encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso.** 2022. 65f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Rio Grande.

Resumo: Trata-se de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) da Graduação em Direito com tema central versando acerca do direito das crianças cujas mães/responsáveis estão encarceradas. São fontes empíricas utilizadas para discussão a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 e os *Habeas Corpus* Coletivos nºs 143.641/SP e 165.704/DF. Assim, relaciona-se os precedentes acima colacionados com a proteção integral das crianças e explica-se como o contexto social das segregadas responsáveis por filhas/os menores de 12 (doze) anos impacta na vida destas crianças. Problematisa-se, ainda, o papel do Estado nas consequências que a separação das crianças das suas mães/responsáveis encarceradas pode trazer. Por fim, responde-se à questão de pesquisa a partir de um estudo de caso empírico, da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, na Comarca de Jaguarão. Os resultados da pesquisa indicam que, apesar de a prisão domiciliar estar disponível para ser utilizada como instrumento de garantia dos direitos dessas mães/responsáveis aprisionadas, o Poder Judiciário é conservador quando da sua concessão, pois muitas vezes justifica que, embora a normativa disponha que devem ser propiciados às/aos filhas/os a proteção e amparo materno, as mães, por terem cometido delitos, não promoveriam os cuidados necessários às crianças. Contudo, a conclusão a que se chega é a de que essa justificativa reproduz o estereótipo de gênero de que a mulher infratora não pode ser uma boa mãe. Portanto, a atuação da Defensoria Pública no caso em estudo foi primordial para que os direitos das crianças envolvidas, bem como desta mãe encarcerada, fossem resguardados.

Palavras-chave: Direito das Crianças; Mães e Responsáveis Encarceradas; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347; *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP; *Habeas Corpus* Coletivo nº 165.704/DF.

Lista de Figuras e Quadro

Figura 1 – Gráfico apresentado na página 45.

Figura 2 – Gráfico apresentado na página 46.

Figura 3 – Gráfico apresentado na página 50.

Quadro 1 – Decisões que negaram e concederam o benefício da prisão domiciliar às pacientes do HC Coletivo nº 165.704/DF (apresentado na página 53).

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – *Habeas Corpus*

LEP – Lei de Execução Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	12
1.1. O princípio da proteção integral da criança, o princípio da prioridade absoluta e o direito à convivência familiar	14
2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL	20
3. <i>HABEAS CORPUS</i> COLETIVOS NºS 143.641/SP E 165.704/DF E OS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO E DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA	28
4. ESTUDO DE CASO EMPÍRICO: ENTREVISTA COM O DEFENSOR PÚBLICO ATUANTE NA COMARCA DE JAGUARÃO (RS).....	36
5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS. 44	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	58
APÊNDICES	
APÊNDICE A – Termo de Consentimento Livre e Informado para participação na pesquisa	61
APÊNDICE B – Termo de Autorização de Gravação de Voz	62
APÊNDICE C – Roteiro da Entrevista Semiestruturada	63

INTRODUÇÃO

Por intermédio de um estágio na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, na Comarca de Jaguarão, oportunizou-se o contato com pessoas vulneráveis social e economicamente, em situação de cárcere.

À vista disso, um caso, especificamente, destacou-se: uma mãe, com dois filhos menores de 12 (doze) anos à época dos fatos, estava presa na Penitenciária Estadual de Rio Grande (PERG), enquanto as crianças estavam acolhidas em um lar temporário. Assim, foi realizada uma petição para concessão da prisão domiciliar, a fim de que ela pudesse cuidar dos seus filhos, independentemente das condições impostas, visando a dar proteção, amparo e acolhimento que lhes é de direito.

O magistrado, ao analisar o mérito da pretensão defensiva, deferiu o pedido da prisão domiciliar devido a apenas ter progredido de regime, mas nem considerou o fato dela ter dois filhos menores de 12 (doze) anos, em conformidade com o disposto no art. 117, inc. III, da Lei de Execução Penal (LEP). Nessa senda, sobreveio o problema que motiva esta pesquisa: qual é a responsabilidade do Estado nos prejuízos causados a estas crianças pelo afastamento de suas mães/responsáveis, que se encontram em situação de vulnerabilidade devido ao cárcere?

A presente investigação, portanto, busca responder a essa pergunta, a partir do estudo de caso empírico e da análise dos fundamentos constantes nas decisões que indeferiram ou concederam o benefício da prisão domiciliar às pacientes dos *Habeas Corpus* Coletivos nº 143.641/SP e nº 165.704/DF, observando quais dessas decisões levaram em consideração a doutrina da proteção integral da criança, bem como se foi garantido o princípio da prioridade absoluta e o direito à convivência familiar, elencados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A fim de responder ao problema proposto, foi adotado como estratégia metodológica um estudo de caso empírico, usando como fontes primárias a ADPF nº 347 e os HC nº 143.641/SP e nº 165.704/DF, numa abordagem qualitativa. A partir da análise documental e bibliográfica dessas fontes primárias, pela lente do aporte teórico de base, associada às fontes secundárias, como outros estudos desenvolvidos sobre o mesmo tema em artigos científicos, dissertações e teses, além de notícias inerentes à temática focalizada somados ao estudo de caso que será apresentado, pretende-se atender ao objetivo indicado.

Compreende-se que a questão de pesquisa é pertinente, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, elenca o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Dessa forma, não só a estrutura familiar e a sociedade devem garantir que os direitos de crianças e adolescentes sejam respeitados, mas, principalmente, o próprio Estado necessita ser este agente garantidor.

Para que esses direitos e garantias previstos na Carta Magna fossem efetivados e regulados, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), disciplinando os direitos e deveres das/os infantojuvenis. O sistema legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é baseado no princípio da proteção integral, conforme consta no art. 1º daquela Lei.

Assim, a Lei nº 8.069/1990 abrangeu todas as crianças e adolescentes, respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial (art. 6º, ECA). Outro ponto que deve ser observado é a prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, delineia-se o disposto na Constituição Federal e legislação infraconstitucional sobre o direito das crianças e adolescentes na história legislativa brasileira, levando em consideração os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral da criança, juntamente do direito fundamental da convivência familiar, elencado no ECA.

Conforme será explicitado no segundo capítulo, a situação dessas crianças e das mães/responsáveis se agrava ainda mais quando o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional, em razão do desrespeito a direitos fundamentais, da ausência de políticas públicas para que sejam promovidos esses direitos, da omissão das autoridades competentes etc.. Desta forma, estuda-se a ADPF nº 347 e o impacto que esse reconhecimento trouxe e traz às pessoas presas, mormente às mães/responsáveis por crianças que delas dependem.

Nesse sentido, torna-se importante compreender as especificidades da prisão domiciliar prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) e da prisão domiciliar prevista nos arts. 317, 318 e 318-A do Código de Processo Penal. A partir da consolidação deste entendimento, observa-se a necessidade de remédios processuais coletivos, principalmente referentes ao *Habeas Corpus* (HC), com o

objetivo de coibir ou prevenir que o direito à liberdade de locomoção seja violado.

Nessa senda, no terceiro capítulo, serão expostos importantes casos de reconhecimento de lesões a direitos, que são os *Habeas Corpus* Coletivos nºs 143.641/SP e 165.704/DF, nos quais foram concedidas ordens determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, bem como às responsáveis pelo cuidado da criança e/ou deficiente, respectivamente. Objetiva-se compreender a construção do *Habeas Corpus* coletivo e analisar o conteúdo dos *writs* mencionados, relacionando-os com os princípios da máxima efetividade do processo coletivo e do amplo acesso à justiça, destacando a importância desses remédios constitucionais para garantir direitos fundamentais das pessoas presas, sobretudo das mães/responsáveis por filhas/os crianças.

Do conteúdo desses julgados, é evidenciado que as mulheres são as encarceradas que mais sofrem com as violências, uma vez que, além de estarem segregadas, como os outros apenados, sofrendo violações de direitos fundamentais, também padecem por não terem condições mínimas de cuidar de um/a infante no cárcere, dever este que é do Poder Público.

Por conseguinte, no capítulo quatro, realizou-se uma entrevista semiestruturada (GIL, 2021) com o Defensor Público atuante na Comarca de Jaguarão sobre o estudo de caso empírico que originou esta pesquisa, o qual voluntariamente participou deste estudo (Apêndice A), respondendo às indagações.

A entrevista foi realizada de forma presencial e sua gravação em áudio foi expressamente autorizada pelo participante, para que as informações colhidas pudessem ser degravadas e utilizadas no desenvolvimento deste estudo, conforme termo de autorização do Apêndice B. A metodologia utilizada para a entrevista foi a aplicação de um roteiro semiestruturado com 10 (dez) perguntas, abrangendo a principal questão de pesquisa, o qual se encontra no Apêndice C.

Em complementação, portanto, no capítulo cinco, foram analisados os argumentos das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negaram ou concederam o benefício da prisão domiciliar para as pacientes dos *Habeas Corpus* Coletivos supramencionados e se foram considerados, e em que medida, os aspectos sociais e emocionais da criança nessas decisões.

1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para a plena compreensão dos direitos adquiridos pelas crianças e pelas/os adolescentes hoje, mediante a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é necessário observar, ainda que brevemente, a evolução legislativa e social envolvendo essas/es atrizes/atores.

Adentrando-se na esfera da legislação brasileira, no Brasil colônia, a autoridade máxima era o *pater*, ou seja, o pai. Através de registros históricos, é possível afirmar que a família ocidental existiu por um longo período, sob o tipo patriarcal (AMIN *et. al.*, 2019). No contexto do Império, iniciou-se a preocupação com os agentes infratores menores de idade (*Idem*, 2019).

A autora Andréa Amin (*Ibidem*, p. 53) preleciona que:

Em paralelo, no campo não infracional, o Estado agia por meio da Igreja. Já em 1551 foi fundada a primeira casa de recolhimento de crianças do Brasil, gerida pelos Jesuítas que buscavam isolar crianças índias e negras da má influência dos pais, com seus costumes “bárbaros”. Consolidava-se o início da política de recolhimento.

Verifica-se que nessas casas de recolhimento, ainda que formalmente tivessem como fim a preservação de direitos de crianças e adolescentes, o que ocorria, em realidade, era a manifesta segregação delas/es, com o intuito de defender e preservar a sociedade.

De outra forma, no cenário internacional, o qual influenciou diretamente na modificação estrutural dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil, como se verá mais adiante, foram sendo discutidos e adotados documentos que pretendiam dar um cuidado especial à infância.

Nessa senda, a primeira Conferência Internacional do Trabalho, promovida em 1919, aprovou seis convenções que buscavam melhores condições de trabalho, como a limitação de horas de jornada e proibição do trabalho infantil em locais insalubres (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Já em 1924, através da atuação da associação *Save The Children*, foi elaborada a Declaração de Genebra, ou Carta da Liga sobre a Criança, na qual se busca a proteção da infância em todos os aspectos, sendo o primeiro documento amplo e genérico em relação à criança (*Idem*, 2019).

De outra forma, especificando a condição da criança como sujeito de direito, bem como a infância como sujeito coletivo de direitos, influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) proferiu a Declaração dos Direitos da Criança (*Ibidem*, 2019).

Outro documento internacional relevante é “As Regras Mínimas das Nações Unidas ou Regras de *Beijing/Pequim*”. Através dele, promoveu-se orientações preventivas para a atuação na Justiça da Infância e Juventude, buscando a defesa nos direitos fundamentais das/os infantojuvenis.

Novamente, Andréa Amin (2019, p. 54) afirma que:

A influência externa e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência-delinquência. Era a fase de criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se, assim, a Doutrina da Situação Irregular.

Dessa forma, essa doutrina da situação irregular foi consolidada em 1979, no contexto da ditadura militar, quando se publicou um novo Código de Menores. A segregação, portanto, era a medida a ser imposta (AMIN, 2019).

Esse Código tratava das/os menores em situação irregular, ou seja, eram: menores de 18 (dezoito) anos de idade privadas/os de condições essenciais, como saúde, educação, aporte material etc.; vítimas de maus-tratos; as/os que estavam em perigo moral, estando em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; autores/as de infração penal e que apresentassem “desvio de conduta”.

Como dito, a doutrina adotada por esse Código era a doutrina da situação irregular. Ainda que o referido diploma legal tivesse por objetivo medidas de assistência e proteção das crianças e adolescentes, na prática, segregava e isolava. Isso porque não existia algum tipo de preocupação em manter vínculos familiares. Os/as menores irregulares acabavam sendo os/as filhos/as das famílias mais vulneráveis economicamente, negros/as e periféricos/as.

Assim, com a atuação de movimentos sociais que tinham como objetivo quebrar o estigma em torno dessas crianças e adolescentes marginalizadas/os, foram aprovados os arts. 227 e 228 da Constituição Federal de 1988 (AMIN, 2019). Com a finalidade de efetivar o disposto dos referidos dispositivos legais, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nela é adotada a doutrina de proteção integral da criança, rompendo-se com a doutrina de situação irregular.

De acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade incompletos.

Segundo a autora Andréa Amin (2019, p. 59):

Implantar o sistema de garantias é o grande desafio dos operadores da área da infância e juventude. Inicialmente, faz-se indispensável romper com a dogmática anterior, não apenas no aspecto formal, como já o fizeram a Constituição da República e a Lei nº 8.069/1990, mas e principalmente no plano prático. Trata-se de uma tarefa árdua, pois exige conhecer, entender e aplicar uma nova sistemática, completamente diferente da pretérita, entranhada em nossa sociedade há quase um século.

Nesse contexto, são analisados neste estudo o princípio da proteção integral da criança, bem como os demais princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, na busca da efetivação de seus direitos.

1.1. O princípio da proteção integral da criança, o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse e o direito à convivência familiar

O art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1998) dispõe o seguinte:

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.

Nesse dispositivo legal, estão incluídos os princípios da doutrina de proteção integral, da prioridade absoluta e o direito à convivência familiar das/os infantojuvenis.

Versam sobre o assunto os autores Rossato, Lé pore e Cunha (2019, p. 84):

[...] Assim, pode-se apontar que o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente se deu no Brasil já em um novo patamar, mais ligado aos processos emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os *fundamentais*.

Inicialmente, aborda-se a doutrina de proteção integral da criança, sendo possível relacionar esse princípio diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 8.069/199 (ECA), em seu art. 1º, prevê a doutrina de proteção integral.

Acerca disso, define a autora Andréa Rodrigues Amin (2019, p. 62):

[...] podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito.

Nesse sentido, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar esses direitos e preservar as crianças e as/os adolescentes. Dessa forma, para garantir a efetividade da norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado na condição de criança e adolescente como sujeitos/as de direitos; na afirmação de condição específica da pessoa em desenvolvimento, necessitando dessa legislação especial; e na prioridade absoluta na garantia de direitos fundamentais (*Idem*, 2019).

A doutrina de proteção integral baseia-se na Convenção dos Direitos da Criança, nominando as crianças e adolescentes como sujeitos/as de direito, sem distinção de classe, etnia, sexo, raça etc., ressalvada a sua condição como pessoa em desenvolvimento.

Ainda que seja um direito fundamental constitucional e de aplicação imediata, a doutrina foi construída sistematicamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (*Ibidem*, 2019). Nesse sentido, a responsabilidade recai sobre a sociedade/comunidade da criança e da/o adolescente e sobre o poder público, ultrapassando o meio familiar.

Percebe-se que o objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente é o de ampliar a defesa das/os infantojuvenis, não se limitando a segregar e tratar apenas dos atos infracionais. Nessa senda, de acordo com o autor Guilherme Freire de Melo Barros, “[...] por proteção integral deve-se compreender o conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente” (2019, p. 24).

Dessa forma, em tese, a doutrina de proteção integral possui todos os meios necessários para que seja, de fato, efetivada. No entanto, é necessária uma atuação conjunta entre todos/as os/as agentes responsáveis para a consolidação de um sistema de garantias. A estigmatização da/o menor como objeto de proteção ainda é presente, pois, muitas vezes, não são vistas/os na condição particular que possuem (ou os responsáveis – família, comunidade, sociedade e Poder Público – fingem não ver).

Pode-se dizer que a doutrina de proteção integral está intrinsicamente ligada com os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da prioridade absoluta. Por isso, na análise do caso concreto, os/as aplicadores/as do direito devem buscar a solução que seja mais benéfica para a criança ou para o adolescente (BARROS, 2019).

O princípio da prioridade absoluta é estabelecido, também, no art. 227 da Constituição Federal, bem como no art. 4º e no art. 100, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 8.069/1990 (ECA). É fundamentado na primordialidade no atendimento das crianças e dos adolescentes em todos os âmbitos, seja judicial, seja extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Em todos esses, o interesse dos/as infantojuvenis deve prevalecer (AMIN, 2019).

O objetivo desta prioridade é justamente assegurar a proteção integral, com especial relevância ao direito das crianças e adolescentes, para que, efetivamente, esses sejam concretizados. Também leva em consideração a condição de pessoa em desenvolvimento, pois, novamente, de acordo com Andréa Rodrigues Amin, “[...] a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo” (2019, p. 73). Por outro lado, Guilherme de Freire Barros (2019, p. 28) argumenta que:

É que a infância e a adolescência são os períodos de maiores transformações do ser humano, é o momento em que se forma seu caráter, se dá a educação básica, a alfabetização; é o período em que a saúde é mais frágil (notadamente a da criança). É dizer, esse período inicial da vida é o que permitirá a formação de um adulto saudável, educado e ético, a permitir a estruturação de uma sociedade mais justa e humana.

Essa prioridade deve ser observada por todos/as os/as responsáveis, seja a família, seja a sociedade, seja o Poder Público.

Sob o mesmo ponto de vista, têm-se o princípio do interesse superior da criança e da/o adolescente ou do melhor interesse. Este princípio teve sua importância reconhecida a partir da sua oficialização pelo sistema jurídico inglês. Dessa forma, foi inserido pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959 (AMIN, 2019).

Assim, no contexto da doutrina da proteção integral, este princípio deve ser aplicado a/todos/as os/as infantojuvenis, em especial nos conflitos de natureza familiar. Esse princípio deve orientar não só os/as legisladores/as, como também os/as operadores/as do direito, sendo tratadas com prioridade as demandas envolvendo esses/as sujeitos/as.

Acerca disso, Andréa Rodrigues Amin (2019, p. 82) afirma que:

[...] na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que

objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

Entretanto, muitos/as julgadores/as utilizam-se de suas crenças e valores para proferirem decisões, esquecendo da sua função primordial: serem imparciais e garantistas de direitos. Nesse sentido, em se tratando dos direitos de crianças e adolescentes, é fundamental que todos/as os/as responsáveis envolvidos/as entendam que a atuação deve ser voltada para a defesa deles/as.

Em relação à família, especificamente no art. 226 da Constituição Federal é dada proteção especial à família natural, ou seja, àquela família de pais/mães e seus/suas filhos/as e, até mesmo, àquela constituída pela mãe e seu/sua filho/a. Dessa maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que os/as filhos/as menores de 18 (dezoito) anos possam ser criados/as em sua família de origem, conforme os arts. 19 e 23 da Lei nº 8.069/1990 (ECA). Somente em casos excepcionais a criança deve ser afastada, para que a convivência com os pais naturais não comprometa o seu desenvolvimento (AMIN, 2019).

Nesse contexto, a autora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2019, p. 180) argumenta:

Possuindo uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes, a família, como sociedade natural, é, portanto, a formação social, garantida pela Constituição, “não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função de realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”, consoante exato ensinamento de Pietro Perlingieri.

Por isso, é assegurado às crianças e aos/as adolescentes a convivência familiar. Esse direito está previsto na Constituição Federal, bem como nos arts. 4º e 16, inc. V, da Lei nº 8.069/1990 (ECA). A convivência familiar é indispensável para a criança e o seu desenvolvimento pleno.

A mesma autora (MACIEL, 2019, p. 181) conceitua a convivência familiar como “[...] o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação”, isto é, crianças e adolescentes.

Durante a infância e a adolescência, com a condição de pessoas em desenvolvimento, as experiências vivenciadas terão importante impacto na formação de sua estrutura como ser na sociedade. Por isso, os laços de afeto são reforçados

pela convivência diária. Nesse sentido, a convivência familiar é fundamental e intrínseca à dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSA, 2022).

Sob a ótica da doutrina da proteção integral, proibir que a criança ou o/a adolescente tenham convivência com os pais é dispensar tratamento desumano e cruel, contraditando o disposto no art. 227 da Constituição Federal (*Idem*, 2022).

Através da promulgação da Lei n. 12.010/2009, o sistema do direito à convivência familiar foi atualizado, com o objetivo de que as ações que fossem desenvolvidas em benefício dos/as infantojuvenis incluíssem, prioritariamente, a preservação da família natural, tendo em vista a primordialidade dessa para a vida da criança (AMIN, 2019).

Sendo assim, o que definirá, no caso concreto, qual família tem melhores condições de proporcionar um desenvolvimento adequado e sadio para a criança ou o/a adolescente, será o princípio do melhor interesse da criança e da/o adolescente. Devem ser esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança em sua família natural para que, a partir deste momento, possa ser colocada em uma família substituta (BARROS, 2019). Preservando-se o vínculo natural da família com a criança ou o/a adolescente, concretiza-se o princípio da proteção integral.

A Lei nº 12.962/2014 trata a respeito da garantia de convivência familiar na situação dos pais privados de liberdade. Assim, no art. 19, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é estabelecido o convívio por meio de visitas periódicas promovidas pelo/a responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (BRASIL, 1990).

Também só serão afastados/as do poder familiar os/as pais/mães que forem condenados/as criminalmente por prática de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o/a próprio/a filho/o, ou outro/a descendente ou titular do poder familiar, conforme disposto no art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, o pai ou a mãe já recebe as sanções previstas na conduta tipificada do Código Penal. Nesse ponto de vista, Guilherme Freire de Melo Barros argumenta que:

[...] Quem comete um crime tem como punição máxima a privação de sua liberdade. O encarceramento já é, por si só, uma medida bastante grave – ainda mais nos estabelecimentos penitenciários brasileiros. Por outro lado, o objetivo constitucional da pena é a ressocialização, é a reinserção do agente no convívio social. Para que esse objetivo seja alcançado, a família desempenha papel fundamental, pois dá apoio ao apenado, mostra-lhe o que terá de volta quando cumprir sua pena, dá-lhe a esperança de uma vida estruturada do lado de fora. Do ponto de vista dos filhos, a convivência com

genitores privados de liberdade deve desenvolver um senso de responsabilidade, solidariedade e afeto.

Sob essa perspectiva, existe a argumentação de que presídios não seriam os locais mais adequados para que crianças e adolescentes frequentem. Isso não deixa de ser verdade, no entanto, se não são lugares adequados para crianças e adolescentes, logicamente, também não podem ser considerados adequados para as pessoas que estão cerceadas de sua liberdade, conforme se verá mais adiante. Assim, levando-se em consideração a garantia dos direitos humanos, os estabelecimentos penitenciários brasileiros são inadequados a qualquer um/uma (BARROS, 2019).

Nessa senda, as crianças e os/as adolescentes não devem ser proibidas/os de frequentar estes estabelecimentos, mas sim, o Estado deve garantir que o presídio tenha plenas condições de recebê-las/os, bem como de fornecer todo o suporte necessário às/aos presas/os.

Portanto, na sequência, analisar-se-á quais são as condições do sistema penitenciário nacional, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Quando se pensa em punição penal, a primeira alternativa e, conseqüentemente, a mais utilizada, é a prisão. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rogerio Schietti Cruz (2020, p. 26) sugere que: “[...] É como se *punição* fosse sinônimo de *prisão*, ou como se não fosse concebível punir alguém de outra forma que não por meio da privação de sua liberdade”.

Nesse contexto, as penas alternativas são formas menos aflitivas de punição, mas somente quando o agente infrator é recolhido a uma prisão é que o imaginário popular entende como a efetiva punição (*Idem*, 2020).

Da mesma maneira, ele (*Ibidem*, 2020, p. 27) afirma que o sentimento popular visualiza a prisão como a única resposta estatal que atende as suas expectativas punitivas, principalmente no que se refere a agentes que pratiquem crimes considerados graves. Assim,

[...] Não necessariamente porque temem possa o criminoso, permanecendo em liberdade, voltar a delinquir e pôr em risco a segurança da comunidade. Isso também conta, mas o que parece transparecer no sentimento popular é um ardoroso desejo de que autores de crimes mais graves, ou mais repudiados pela comunhão social, sofram, com a privação da liberdade, pelo mal causado por seus atos.

Por conseguinte, é necessário que os representantes do Estado na persecução penal estejam cientes dos prejuízos que o encarceramento, em especial o provisório, produz na pessoa segregada (*Ibidem*, 2020).

Nesse viés, este capítulo discute o conteúdo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Nacional.

Assim, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, doravante nominado apenas como Marco Aurélio, em 2015, têm-se a seguinte ementa na referida ADPF (BRASIL, 2015, p. 3):

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Em seu relatório, o Senhor Ministro Marco Aurélio apresenta os fundamentos expostos pelo PSOL para a ADPF. Nesse sentido, o PSOL pretendia, com o referido remédio constitucional, além do reconhecimento dessa inconstitucionalidade dos estabelecimentos penitenciários, que o Poder Público tomasse alguma providência com relação às/aos lesões/prejuízos sofridas/os pelos/as presos/as, em decorrência das ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

De acordo com o cenário delineado pela Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, as condições degradantes do sistema prisional tornam-no incompatível com o referido diploma legal, uma vez que preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho e à segurança dos/as presos/as são desrespeitados.

Um dos argumentos utilizados para se referir às prisões foi serem elas “verdadeiros infernos dantescos” (BRASIL, 2015). Isso porque há superlotação nas celas, violências físicas, psicológicas, sexuais, além dos presídios serem dominados por facções, tornando-se locais onde os delitos são ensinados, propiciando a reincidência.

Outro fato que contribui para a superlotação, segundo o relatório, é o uso da prisão provisória como *prima ratio*, ou seja, é vista como a solução dos problemas. Ademais, um número demasiado de presos/as encontra-se nessa condição, evidenciando-se uma “cultura do encarceramento” (*Idem*, 2015).

No que se refere à discussão das identidades de gênero, menciona-se que não existe separação nos presídios e, principalmente no que concerne a esta pesquisa, há sofrimento asseverado das mulheres encarceradas por não haver estabelecimento próprio e adequado à convivência com seus/suas filhos/as. Ainda, não só não há nenhuma estrutura para as mulheres, em geral, como para as parturientes, puérperas, gestantes e com filhos/as menores de 6 (seis) anos. Nem cuidados médicos e itens básicos de higiene pessoal são oferecidos a elas.

De acordo com o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, de 2009, segundo o Ministro Marco Aurélio, a superlotação cria todos os demais problemas do sistema carcerário (*Ibidem*, 2015).

Na questão do mérito, o Relator afirma que (*Ibidem*, 2015, p. 24-25):

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno de pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’”.

Assim, a violação dos direitos fundamentais dos/as presos/as produz violência contra a própria sociedade, pois é ela quem recebe os reflexos dessa política violenta (*Ibidem*, 2015).

De outra forma, argumenta que a responsabilidade desta situação não deve ser atribuída a um único poder, mas sim, aos três âmbitos de poder: Legislativo, Executivo e Judiciário, tanto da União, quanto dos Estados e do Distrito Federal. Por isso, a inércia do Poder Público gera a violência sistemática de direitos e, também, agrava a situação (*Ibidem*, 2015).

Essa sistematização é melhor definida pelo Ministro Marco Aurélio desta maneira (*Ibidem*, 2015, p. 28):

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Da mesma maneira, o Ministro Luiz Edson Fachin reconhece a ADPF nº 347 e refere que ela trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Assim, não só faz menção à dignidade da pessoa humana, como também ao direito fundamental à integridade física e moral dos/as encarcerados/as. Narra, também, que as questões referentes ao sistema penitenciário nacional não encontram espaço para tratamento, tanto no Executivo, quanto no Legislativo (*Ibidem*, 2015).

Ao analisar os dados do INFOPEN à época da votação da ADPF, o Ministro Luiz Edson Fachin admitiu ver uma realidade temerosa de um Estado que diz ser Democrático de Direito. Isso porque os estabelecimentos prisionais não funcionam como um meio de reintegração, mas, sim, como uma forma de segregar às/os presas/os, especialmente as/os que se encontram na camada de vulnerabilidade

social: mulheres, negros/as, pobres, pessoas com deficiência, analfabetos/as etc. (*Ibidem*, 2015).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, com breves observações importantes em seu voto, sustentou que a sociedade, no geral, observa o sistema penitenciário e acredita que aquilo jamais ocorreria com ela. Sob esse ponto de vista, perde-se a empatia e a própria humanidade. No demais, argumenta que as pessoas não perdem a sua dignidade pelo que fazem, mas têm dignidade pelo que são: humanos. Assim, tratando as pessoas como se fossem lixo humano, nega-se a elas esta dignidade (*Ibidem*, 2015).

Importante ressaltar esta declaração do Ministro Celso de Mello, em seu voto:

O fato preocupante, Senhor Presidente, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Não obstante o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha reconhecido que as prisões são inconstitucionais e que ferem a dignidade da pessoa humana, bem como outros preceitos fundamentais, ao mesmo tempo, entendeu ser possível manter os indivíduos encarcerados.

O autor Luís Carlos Valois (2021, p. 19), a esse respeito, afirma que:

O princípio da legalidade é relativizado em nome do encarceramento, da suposta segurança pública que o judiciário pensa estar resguardando mantendo essas pessoas presas, mesmo ilegalmente. Esquece-se que se não há pena sem lei que previamente a defina, a pena que se executa no Brasil não é pena, mas simplesmente uma ilegal exclusão.

Isso posto, a declaração do “estado de coisas inconstitucional” deve ser utilizada como princípio na interpretação e aplicação das leis penais, sendo a prisão considerada *ultima ratio*, como deveria ser. No caso do encarceramento, onde ocorrem diversas violações, especialmente da dignidade da pessoa humana, esta é relevada em detrimento de uma imagem de segurança pública que os/as juízes/izas carregam, geralmente como membros/as de classes média e alta, branca, da sociedade brasileira. Não só a segurança pública é utilizada como argumento para manter as pessoas segregadas, como ela propaga mais insegurança, sendo relativizados princípios e regras constitucionais. Mais uma vez, o Judiciário se afasta do seu papel de imparcial (*Idem*, 2021).

Contudo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de reconhecimento deste estado de inconstitucionalidade do sistema prisional revela-se extremamente importante e necessária, pois permitiu que fosse analisado o benefício da prisão domiciliar como uma solução para problemas carcerários, dentre eles, a superlotação de presídios, bem como foi apreciada a situação das mães/responsáveis encarceradas.

Em comentário ao julgamento da ADPF nº 347, Ademar Borges (2017) enfatiza que, mesmo após a reforma legislativa de 2011, nota-se o uso abusivo da prisão preventiva pelo Judiciário brasileiro. Ainda, acrescentou que o Supremo Tribunal Federal deveria ter reconhecido a parcela de culpa do Judiciário na formação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário do país¹.

Dessa forma, é preciso que sejam compreendidas as especificidades da prisão domiciliar na Lei de Execução Penal e no Processo Penal, tendo em vista que são institutos jurídicos diversos.

A prisão domiciliar da Lei de Execução Penal (LEP) está prevista no art. 117 deste diploma legal. Nesse artigo, são estabelecidas as hipóteses em que se admite o recolhimento, em residência particular, do condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto. Esse instituto é permitido exclusivamente nas situações legais elencadas nesse artigo, que são: condenado/a maior de 70 (setenta) anos; condenado/a acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; e condenada gestante.

No caso de condenada com filho/a menor ou deficiente físico ou mental, o benefício é concedido em proveito da criança ou da pessoa portadora de deficiência, que necessitam do amparo da mãe/responsável. De acordo com o autor Norberto Avena (2014, p. 198):

[...] Observe-se que a prisão domiciliar não pode, nessa hipótese, constituir-se em privilégio ou em fraude à lei. Daí que, para que seja concedida, faz-se necessária a comprovação da necessidade dos filhos, não bastando a juntada de certidão de nascimento comprovando a filiação.

No que se refere à hipótese de condenada gestante, a prisão domiciliar visa proporcionar à mulher condições de vida dignas e adequadas durante o período de

¹ Ver BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento preventivo: um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. **Jota.info**, 19 jan. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>. Acesso em: 26 jul. 2022.

gestação. Necessária, no entanto, a comprovação de que o quadro clínico desta mulher seja delicado e que necessite de cuidados especiais, os quais o estabelecimento penal não pode fornecer, tornado inviável sua permanência no cárcere (*Idem*, 2014).

Novamente, Norberto Avena (2014) afirma que, embora o rol do art. 117 da LEP seja taxativo, a jurisprudência majoritária compreende que é legítima a prisão domiciliar do apenado nos casos em que inexistente estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto ou aberto, tendo em vista que não se pode impor o cumprimento de pena em local mais severo do que o determinado na decisão executória, em conformidade com a Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Sob outra perspectiva, cabe ressaltar, ainda que o art. 117 defina, expressamente, que a prisão domiciliar se destina ao preso do regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem admitido o benefício a condenadas/os portadores de doenças graves, que cumprem pena em regimes semiaberto ou fechado (*Idem*, 2014).

Em relação ao cabimento da prisão domiciliar à/ao condenada/o pela prática de crime hediondo ou equiparado, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que:

[...] o fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição fundamental da República (art. 1º, III, da CF/1988) (*Ibidem*, 2014).

Por conseguinte, a prisão domiciliar do art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) não se confunde com a prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal (CPP). No primeiro caso, trata-se de benefício concedido pela Lei de Execução Penal às/aos apenadas/os do regime aberto, nas hipóteses supramencionadas. Já referente ao segundo caso, “a prisão domiciliar possui natureza cautelar, sendo prevista como forma de cumprimento da prisão preventiva” (*Ibidem*, 2014, p. 199), isto é, a prisão domiciliar, prevista no Código de Processo Penal, nos arts. 317 e 318, é uma medida cautelar que tem caráter substitutivo à prisão preventiva. Conceituando-a, é, como o próprio nome indica, um recolhimento do indivíduo em sua residência, podendo sair apenas com autorização judicial.

Modificando o Código de Processo Penal, a Lei da Primeira Infância – Lei nº

13.257/2016 ampliou o rol de cabimento da substituição, incluindo as situações de gestantes, mulheres com filhos/as de até 12 (doze) anos incompletos e homens, quando forem os únicos responsáveis pelos cuidados do/a filho/a de até 12 (doze) anos incompletos.

De acordo com o doutrinador Aury Lopes Júnior (2020, p. 1.045):

[...] A tutela aqui está voltada para os cuidados que a criança exige e, no caso da gestante, da qualidade de vida dela e do feto. Não mais exige o dispositivo legal que a gestação seja de alto risco ou que esteja com mais de 7 meses. Basta a comprovação da gravidez para a substituição ser concedida. Trata-se de proteção de caráter humanitário e, em todos os casos, plenamente justificada, bastando a comprovação idônea da situação descrita no dispositivo legal.

Nesse sentido, conforme a Lei nº 13.769/2018, a prisão preventiva pode ser substituída por prisão domiciliar quando a indiciada/acusada for gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência. No entanto, essa substituição só acontece quando o crime for cometido sem violência ou grave ameaça e que não tenha sido cometido contra a criança ou a pessoa com deficiência.

Por outro lado, dispõe o art. 300 do Código de Processo Penal (CPP) que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal” (BRASIL, 1941). Da mesma maneira, o art. 84, *caput*, da Lei de Execução Penal (LEP) estabelece que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” (BRASIL, 1984).

Entretanto, os sistemas penitenciários nacionais não possuem estrutura ou faltam vagas para que essa separação dos presos definitivos dos provisórios ocorra. Nesse sentido, considerando que as determinações do art. 300 do Código de Processo Penal (CPP) e do art. 84 da Lei de Execução Penal (LEP) são imperativas e o Estado reste impossibilitado de cumpri-las, a prisão provisória não poderá ser executada, sob pena de causar constrangimento ilegal à/ao indiciada/o ou à/ao acusada/o (AVENA, 2014).

Nesse contexto,

[...] Tendo em vista que essa manutenção da liberdade poderá implicar risco à efetividade que se espera da persecução criminal, em tais casos a prisão domiciliar pode se apresentar como solução possível. Afinal, embora o art. 318 do CPP seja taxativo ao referir as hipóteses em que a prisão preventiva possa ser cumprida sob a forma de prisão domiciliar, é certo que a inexistência de vagas necessárias para abrigar os presos provisórios é causada pela omissão do próprio Estado em provê-las nos estabelecimentos prisionais (*Idem*, 2014, p. 157).

Portanto, reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional e sendo a prisão domiciliar uma solução para preservar a dignidade das/os presas/os encarceradas, foram impetrados dois *Habeas Corpus* Coletivos (n^{os} 143.641/SP e 165.704/DF), relatando que as crianças, filhas de mães/responsáveis encarceradas, também são privadas do seu desenvolvimento sadio e adequado pela falta de estrutura dos estabelecimentos penais, conforme será exposto no próximo tópico.

3. HABEAS CORPUS COLETIVOS NºS 143.641/SP E 165.704/DF E OS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO E DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

O *habeas corpus* é uma ação constitucional que tem como objetivo proteger o indivíduo contra qualquer restrição à sua liberdade de ir, vir e permanecer. Segundo o Ministro e doutrinador Gilmar Mendes (2017, p. 432):

Embora o *habeas corpus* seja, via de regra, uma ação individual, não parece haver impedimento para sua impetração na defesa de direitos coletivos, de forma semelhante ao que ocorre com o mandado de segurança.

O *habeas corpus* coletivo interliga-se com dois princípios: a máxima efetividade do processo coletivo e o amplo acesso à justiça.

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo admite que o/a julgador/a se utilize dos instrumentos e meios legalmente possíveis para efetivar os direitos dos/as cidadãos/ãs. Assim, os poderes do/a magistrado/a são ampliados para assegurar um resultado prático e que garanta o máximo de efetividade ao processo coletivo. Nesse sentido, é invocado para reconhecer maior eficácia, principalmente, aos direitos fundamentais.

Por outro lado, o princípio do amplo acesso à justiça significa dar oportunidade a todos/as de requerer a tutela jurisdicional do Estado e, mais ainda, de ter um processo justo. A partir de sua previsão no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, torna-se um direito fundamental, respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Por isso, quando se fala em amplo acesso à justiça, não basta ter em mente apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas sim, um acesso à qualidade de um direito humano e fundamental.

Por conseguinte, é cabível o *habeas corpus* coletivo para defender a liberdade de locomoção de determinados grupos de pessoas, em conformidade com o princípio do amplo acesso à justiça e pela própria sistemática das práticas de violação em massa de direitos. Nessa senda, sobrevém o art. 25, inc. I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, garantindo um instrumento processual efetivo e simples.

Isso posto, passa-se ao exame dos *Habeas Corpus* coletivos nºs 143.641/SP e 165.704/DF.

O *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP foi impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHU, sob a relatoria do Ministro Ricardo

Lewandowski. As pacientes deste remédio constitucional são todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que tenham a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças de até 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

De acordo com o relatório, no tocante aos pontos que interessam a esta pesquisa, os membros do Coletivo afirmaram que a prisão preventiva, ao segregar mulheres grávidas em estabelecimentos penitenciários sem nenhuma estrutura, privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento configura tratamento degradante e cruel, não sendo respeitado o postulado da individualização da pena e o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 2018).

Ademais, afirmaram que “a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias” (*Idem*, 2018, p. 13).

De acordo com a advogada criminalista, professora e autora brasileira, referência do Processo Penal Feminista, Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 118):

A vida institucionalizada dos corpos femininos aprisionados em muito reflete a realidade presente em sociedade. Ou seja, tal como ocorre com os homens encarcerados, a massa de mulheres presas é marcada pela seletividade de raça e classe. Contudo, para além destes critérios de seletividade, o encarceramento feminino apresenta peculiaridades demonstrativas do caráter androcêntrico do sistema carcerário (MENDES e SANTOS, 2018).

A partir da publicação da Lei nº 13.257/2016, possibilitando a substituição da prisão preventiva pela medida cautelar da prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário é provocado e indefere, pelo menos, metade dos casos. No entanto, o argumento é baseado na gravidade do delito, o que, por si só, não pode ser suficiente para a manutenção da prisão, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido o estado de coisas inconstitucional.

O Coletivo sustenta, ainda, que deve ser reconhecida a condição especial da mulher no cárcere, especialmente da mulher pobre, pois, não tendo acesso à justiça, também não tem o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar (BRASIL, 2018).

Citam que essa violação, no sistema prisional, não afeta apenas as mulheres, mas seus/suas filhos/as também, infringindo o direito à proteção integral da criança e à prioridade absoluta que deve ser dada. Nesse sentido, a falta de estrutura dos

estabelecimentos não deve ser utilizada para puni-las. Por fim, postulou a aplicação do princípio da prioridade absoluta dos direitos das crianças (*Idem*, 2018).

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, afirmou que os cuidados que são negados à mulher presa também se estendem aos/às seus/suas filhos/as, sofrendo as consequências desta prisão, contrariamente ao disposto no art. 227 da Constituição Federal (*Ibidem*, 2018).

Nesse sentido, são evidentes os impactos prejudiciais que a separação dos/das filhos/as dessas mães encarceradas traz para essas crianças, principalmente relacionados ao seu bem-estar físico e psíquico.

O pleno desenvolvimento da criança, seja emocional ou sensorial, depende de uma “experiência compartilhada”. Sem essa experiência, órgãos vitais, inclusive, o próprio sistema nervoso, podem sofrer danos irreversíveis. Nessa senda, o afeto que os/as infantes podem receber é fundamental para que sejam formados/as adultos/as saudáveis em todos os sentidos – social, físico e psíquico (*Ibidem*, 2018).

O Ministro Ricardo Lewandowski afirma que:

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

É reconhecido, portanto, que o Estado descumpre as determinações constitucionais, especialmente no tocante ao direito das crianças.

Dessa maneira, além de trazerem inafastáveis consequências para a vida dessas crianças, prejudicam a sociedade como um todo.

[...] Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem maiores problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e sócio-emocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância (*Ibidem*, 2018, p. 52).

Nesse sentido, a partir da perspectiva da doutrina da proteção integral, da prioridade absoluta, do melhor interesse e do direito à convivência familiar é que devem ser analisados os casos concretos.

Com a concessão da ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, há um importante avanço no direito das mulheres encarceradas. Contudo, esta pesquisa busca responder se, de fato, houve alguma modificação real na vivência destas mulheres, com a aplicação da referida ordem.

Registra-se que, por coincidência (ou não), em atenção ao Estatuto da Primeira Infância, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo, mulher do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Adriana é mãe de uma criança e de um adolescente, na época dos fatos. A criança tinha 11 (onze) anos de idade e o adolescente, 14 (quatorze) anos de idade².

O Ministro Sebastião Reis, no mérito dessa decisão, argumentou que a presença materna é fundamental para a estruturação e regular crescimento psíquico e emocional das crianças, citando a concessão do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP. Estendendo os efeitos do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP para todas as pessoas que se encontram presas e que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças, têm-se o *Habeas Corpus* coletivo nº 165.704/DF. Tendo como impetrante a Defensoria Pública da União e sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, este HC possibilitou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do/a menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, bem como para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do/a menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência, desde que não tenham cometido crimes com grave violência ou ameaça, ou ainda, contra sua prole.

No relatório, além do que é citado no HC nº 143.641/SP, o impetrante argumentou que o alcance deveria ser estendido a todos/as os/as responsáveis por crianças ou pessoas com deficiências, pois descriminou as crianças que não têm mães, mas ficam sob a responsabilidade de outra pessoa.

Nessa senda, ainda que o benefício seja conferido às responsáveis encarceradas, primordialmente, considera-se a doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta, tendo em vista que as crianças são afastadas do convívio dos pais ou entes queridos/as em uma fase que a personalidade está sendo definida (BRASIL, 2020).

O Relator Gilmar Mendes destacou que:

Recentemente, proferi decisão liminar nos autos do *Habeas Corpus* 182.582 para conceder prisão domiciliar à presa mãe de criança menor de 4 (quatro) anos de idade. Na situação, o filho da mulher presa passou a sofrer alteração comportamental e dificuldades de alimentação, com diagnóstico

² Ver POMPEU, Ana. STJ confirma prisão domiciliar de ex-primeira-dama Adriana Ancelmo. **Consultor Jurídico**, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/stj-confirma-prisao-domiciliar-ex-primeira-dama-adriana-ancelmo>. Acesso em: 25 jan. 2022.

médico de episódio depressivo moderado, após a separação do convívio com sua genitora.

Nesse sentido, o próprio Ministro indicou um caso concreto em que o filho passou por problemas psíquicos, que trouxeram prejuízos relevantes no seu desenvolvimento, em razão de estar separado de sua mãe.

Ressaltamos que nesta pesquisa foi feito o recorte de gênero tendo em vista que a maior parte das responsáveis pelos/as filhos/as são do gênero feminino, mas, especialmente, porque o recorte empírico considerado neste estudo analisa justamente um caso concreto envolvendo uma genitora e sua prole. Por essa razão, enfrenta-se esta discussão específica.

A autora Carol Gilligan (2021) inaugura um novo método de se pensar a moralidade, através da ética do cuidado. Em resposta ao modelo de desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg, a ética do cuidado é contrária à ética da justiça. Assim, o cuidado era verificado, geralmente, em meninas, e a justiça, em meninos (POSSEBON, 2017). Nessa senda,

[...] As características que Gilligan aponta como elementos da perspectiva do cuidado eram, até então, pertencentes a níveis considerados mais baixos na escala de desenvolvimento moral de Kohlberg. Uma vez que meninas e mulheres eram aquelas que tipicamente demonstravam maior afinidade com essa perspectiva, o raciocínio moral feminino era visto de modo geral como inferior ao masculino, já que visões predominantemente masculinas eram desde o início pretendidas como mais desenvolvidas do que as femininas (*Idem*, 2017, p. 24).

Isso significa dizer que a autora reconhece nas mulheres a existência dessa voz diferente da moralidade padronizada, com base no modelo patriarcal. Dessa forma, nas relações patriarcais que são estruturantes na sociedade, a ética do cuidado seria um outro viés para se pensar a moralidade, tendo em vista que essa estrutura dominante excluiu as mulheres como sujeitos morais.

Assim, a ética do cuidado apresenta-se quando é compreendida, de maneira progressiva e psicológica, nos relacionamentos humanos, nos quais há uma crescente diferenciação do eu e do outro (GILLIGAN, 2021).

Novamente, Gilligan (2021, p. 65) sustenta que:

[...] A deferência feminina está enraizada não apenas em sua subordinação social, mas também na substância de sua preocupação moral. A sensibilidade para as necessidades dos outros e a suposição de responsabilidade por tomar cuidado conduz as mulheres a atender às vozes dos outros em vez da sua própria, e de incluir em seu julgamento outros pontos de vista. A fraqueza moral feminina, manifesta em uma difusão e uma confusão de julgamento aparente, é assim inseparável da força moral feminina, uma preocupação primordial com os relacionamentos e responsabilidades. A relutância para julgar pode em si ser indicadora do

cuidado e preocupação com os outros que infunde a psicologia do desenvolvimento feminino e são responsáveis por algo que é geralmente visto como algo problemático em sua natureza.

Dessa maneira, os relacionamentos são experimentados de modo diverso entre homens e mulheres. Por isso, a masculinidade é definida pela separação, enquanto a feminilidade é definida pelo apego (*Idem*, 2021).

Nesse contexto, o lugar da mulher no ciclo da vida do homem é de cuidadora, não se definindo apenas num contexto de relacionamento humano, mas também em termos de suas habilidades do cuidado. Por outro lado, enquanto as mulheres têm esse cuidado com os homens, eles desvalorizam o cuidado, pois “[...] a preocupação com os relacionamentos parece uma fraqueza das mulheres em vez de uma força humana (MILLER, 1976)” (*Ibidem*, 2021, p. 66).

No que se refere a essa questão da maternidade, a autora Silvia Federici (2017), quando menciona sobre a desvalorização do trabalho feminino no contexto da caça às bruxas, explica que houve uma criminalização do controle das mulheres sobre a procriação. Diante disso, os métodos contraceptivos que eram repassados de geração em geração foram criminalizados. Anteriormente a isso, havia uma certa autonomia em relação ao nascimento dos filhos. Quando os métodos contraceptivos retornaram ao cenário social, foram criados, especificamente, para o uso masculino.

Discorre a autora que (FEDERECI, 2017, p. 181):

[...] ao negar as mulheres o controle sobre seus corpos, o Estado privou-as da condição fundamental de sua integridade física e psicológica, degradando a maternidade a condição de trabalho forçado, além de confinar às mulheres a atividade reprodutiva de um modo desconhecido por sociedades anteriores. Entretanto, forçar as mulheres a procriar contra a sua vontade ou, como dizia uma canção feminista dos anos 1970, forçá-las a “produzir filhas e filhos para o Estado” é uma definição parcial das funções das mulheres na nova divisão sexual do trabalho.

Já no final do século XVII, surge um novo modelo de feminilidade. Agora, a mulher é, também, uma esposa ideal. Novamente, nas palavras de Federici (2019, p. 205), a esposa ideal seria a esposa “passiva, obediente, parcimoniosa, casta, de poucas palavras e sempre ocupada com suas tarefas”.

Essa questão da reprodução, dentro de cada época, caracteriza as personalidades dos papéis masculinos e femininos. Isso não ocorre pela anatomia, mas sim, pelo fato de que as mulheres são, geralmente, as responsáveis pelo cuidado de crianças, de maneira universal (GILLIGAN, 2021).

Conforme dispõe Silvia Federici (2017, p. 205):

[...] constatou o filósofo holandês Pierre Bayle em seu *Dictionnaire*

historique et critique (1740) [Dicionário histórico e crítico], no qual elogiou o poder do “instinto materno” feminino, defendendo que devia ser visto como um mecanismo providencial, que assegurava que as mulheres continuassem se reproduzindo, apesar das desvantagens do parto e da criação de filhos.

Assim, o “instinto materno” é atribuído à mulher como uma responsabilidade. De acordo com o censo demográfico datado de 2010, do IBGE, no Brasil, a proporção de famílias com mulheres responsáveis por estas são de 37,3%. Com relação às mães solas, esta porcentagem chega a 87,4%, sendo a mulher responsável, sem cônjuge, pelo/a filho/a.

Reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, como dito anteriormente, é nítido que esse sistema prejudica, de maneira incisiva, as mulheres, especificamente. Nesse contexto,

A dinâmica interna do sistema penitenciário reproduz de modo exponencial as relações desiguais e, como sói acontecer, discriminatórias, existentes na vida fora dos muros. Embora as mulheres constituam uma parcela relativamente menor da população carcerária, consideradas as particularidades do “ser mulher presa”, é flagrante que o encarceramento as atinge de maneira diversa, e ainda mais perversa (MENDES e SANTOS, 2018). Em confinamento, o quadro toma uma face substancialmente mais violadora dos direitos humanos (MENDES, 2021, p. 119).

Esse processo de criminalização não acontece apenas pelo fato do gênero em si, mas pelas opressões sofridas em relação a sua classe social, sua raça/etnia e sua sexualidade (*Idem*, 2021).

Além disso, a maior parte da população prisional feminina é composta por mulheres negras, pobres, com baixa escolaridade. Diversas mães e vítimas de violência (*Ibidem*, 2021).

Ainda em conformidade com o raciocínio de Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 119):

A prisão configura-se como espaço androcêntrico na exata medida em que toma como paradigma do humano o masculino, expondo as mulheres, para além das mazelas próprias do cerceamento da liberdade, a um universo pensado e estruturalmente, inclusive, arquitetado, para o aprisionamento masculino. É a isso que se deve o fato de que, ao adentrar ao sistema prisional, a mulher, já estigmatizada, depare-se com a precariedade, por exemplo, de atenção médica especializada e com a falta de cuidado para aquelas que são as necessidades básicas próprias do gênero feminino. E é, também, neste contexto que se pode localizar a problemática questão da maternidade durante a privação da liberdade definitiva ou cautelar.

Sob o mesmo ponto de vista, com o advento da Lei nº 12.357/2016, alterando o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres mães de crianças, não foi possível perceber nenhuma

mudança drástica em relação às presas preventivas, que são 45% dos casos (*Idem*, 2021).

Em virtude do exposto, vivenciou-se uma situação real, na qual uma mãe, condenada definitivamente, progrediu de regime e teve a oportunidade de ficar com seus filhos – que eram crianças à época do fato – em prisão domiciliar. Para entender melhor as especificidades do caso, realizou-se uma entrevista semiestruturada com o Defensor Público atuante na Comarca de Jaguarão, que será apresentada no próximo capítulo.

4. ESTUDO DE CASO EMPÍRICO: ENTREVISTA COM O DEFENSOR PÚBLICO ATUANTE NA COMARCA DE JAGUARÃO

Com o objetivo de tentar responder ao problema de pesquisa proposto neste trabalho, realizou-se uma entrevista semiestruturada com o Defensor Público atuante na Comarca de Jaguarão (RS), Gustavo Carlos Couto Knopp. O participante autorizou e requereu expressamente que seu nome fosse explicitado no relatório da pesquisa³.

Num primeiro momento, questionou-se qual é o papel da Defensoria Pública Estadual na defesa dos direitos das crianças e nas situações de acolhimento institucional. Ao responder à indagação, Gustavo Carlos narrou que esse é um questionamento interessante, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente, referência nesse tema, foi editado e passou a vigorar antes da Defensoria Pública ter uma maior projeção enquanto Instituição.

Nesse contexto, o entrevistado acredita que uma resposta adequada à pergunta deve se orientar pela redação do art. 134 da Constituição Federal, no qual está disposto que a Defensoria Pública tem a função de promover os direitos humanos e defender os necessitados, de forma integral e gratuita, judicial e extrajudicial.

Gustavo explicou que a noção de necessitados/as vem sendo interpretada de maneira ampla, abrangendo não só a hipossuficiência financeira ou patrimonial, mas os múltiplos contextos de vulnerabilidade.

De acordo com o Defensor Público,

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz um título de acesso à justiça e dispõe que toda criança e adolescente tem direito a acessar a Defensoria Pública, justamente por se tratar, a criança e o adolescente, de um segmento vulnerável da população, inclusive pela própria condição de pessoas em desenvolvimento. **Acontece que, em muitos casos envolvendo os direitos das crianças, a vulnerabilidade não é apenas da criança, mas da família, como um todo. Então eu considero que essa é uma chave de compreensão da atuação da Defensoria Pública nesse âmbito, que é a de possibilitar o exame do drama familiar como um todo, de maneira que a análise vá além da mera estigmatização das pessoas, em especial no contexto de famílias que já são socialmente vulnerabilizadas, tanto as crianças, quanto os adultos. Precisamos acreditar, na minha opinião, em quem está desacreditado pelas circunstâncias da vida. E, na medida do possível, também é nossa atribuição, preservar uma ética de não julgamento, que ajude a neutralizar o ciclo de violência causado por essa estigmatização.** [grifou-se]

³ O termo de autorização de gravação de voz, bem como a manifestação expressa de que o nome do participante poderia ser citado neste relatório de pesquisa estão no Apêndice B.

Essa questão da estigmatização e da ética de “não julgamento”, relatada pelo entrevistado, conversa diretamente com a perspectiva de gênero tratada nesta pesquisa. Além da vulnerabilidade social e econômica vivenciada por essas mães de crianças, a desestruturação familiar é uma das circunstâncias que mais vulnerabilizam essas mulheres, bem como as crianças que delas dependem.

Em relação ao acolhimento institucional, o participante argumenta que, em muitos casos, a Defensoria atua para que a criança possa conviver com a família natural novamente, com o objetivo de que sejam preservados os laços de afeto, essenciais nesta etapa inicial da vida. Ademais, Gustavo pensa que a institucionalização das crianças deve ser vista como último recurso e pensada sempre com base na doutrina da proteção integral, **“e não da culpabilização dos seus familiares”**.

Dessa forma, o convívio familiar, princípio disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente é garantido pela atuação da Defensoria Pública, em primazia da doutrina de proteção integral.

Ainda no que se refere ao acolhimento institucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a Justiça da Infância e da Juventude deve criar e manter um cadastro atualizado das crianças que estão nesses programas, tendo acesso a alguns órgãos institucionais, como o Ministério Público e o Conselho Tutelar. Perguntou-se para o participante se ele saberia responder qual o motivo da Defensoria não constar nesse rol e se isso não seria contraditório com a própria missão constitucional atribuída à Defensoria Pública.

Em resposta, Gustavo relatou que, pessoalmente, não tem conhecimento do motivo pelo qual a Defensoria Pública não integra esse rol, justamente porque o objetivo dessa política pública do cadastro é o de reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e diminuir o período de permanência em programa de acolhimento, o que tem tudo a ver com a atuação da Instituição. Concordou se tratar de uma omissão injustificável, pois “a maioria das famílias de crianças e adolescentes envolvidos/as em programas de acolhimentos é vulnerável e atendida pela Defensoria Pública”. Acrescentou, também, que “existem órgãos da Defensoria, aqui no Rio Grande do Sul, que têm atribuição quase exclusiva para atender Varas da Infância e Juventude”, tamanha a demanda de representação.

Nem o autor Guilherme Freire de Melo Barros (2019) entende o porquê de a Defensoria Pública não constar neste rol, já que a maioria das famílias nesta situação são hipossuficientes.

Relativamente ao estudo de caso aqui focalizado, a assistida, com condenação definitiva, conseguiu o benefício da prisão domiciliar porque progrediu de regime. Havia pedido de prisão domiciliar com fundamentos similares àqueles utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, que trata das pacientes mães com filhos menores de doze anos. Nesse sentido, indagou-se para o Defensor se, na experiência dele na execução penal, essa fundamentação costuma ser acolhida em pedidos deste tipo e, também, sob quais argumentos.

O entrevistado esclareceu que o órgão da Defensoria Pública no qual atua não possui atribuição direta de atendimento a mulheres em situação de privação de liberdade na execução penal, porque a cidade não possui presídio ou penitenciária femininos. Assim, afirmou que sua experiência é reduzida nesse sentido, porque realiza os pedidos por provocação de familiares ou por informações da própria Instituição. Nesse sentido, a Defensoria Pública tem o Núcleo de Defesa em Execução Penal, que é bastante atuante.

Respondendo à pergunta de maneira objetiva, o participante disse que:

[...] na execução penal, **nenhum dos pedidos que fiz com essa fundamentação foi acolhido**. Os argumentos mais comuns para afastar esses pedidos foram a **hediondez do crime** objeto da condenação e a **ausência de prova da indispensabilidade das genitoras para os cuidados das crianças e dos adolescentes, o que é um fator que poderia ser até mesmo presumido a depender da faixa etária**, segundo os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça. [grifou-se]

Esse fato de que nenhum dos pedidos realizados com essa fundamentação foi acolhido relaciona-se diretamente com a análise qualitativa feita nesta pesquisa, conforme será demonstrado mais adiante. Ainda, em relação a esse julgado que é citado pelo Defensor Público, há pouco o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que, para prisão domiciliar, presume-se necessidade de cuidado materno, na garantia da proteção integral da criança. Assim, essa necessidade de cuidado é legalmente presumida⁴.

⁴ Ver TALON, Evinis. STJ: para prisão domiciliar, presume-se necessidade de cuidado materno. **Evinis Talon**, 2022. Disponível em: <https://evinistalon.com/stj-para-prisao-domiciliar-presume-se-necessidade-de-cuidado-materno/>. Acesso em: 21 set. 2022.

Em outra oportunidade, no processo de execução desta assistida (do estudo de caso), foi expedido mandado de prisão em seu desfavor por não ter mantido o seu telefone de contato atualizado. Assim, as crianças teriam que ser acolhidas institucionalmente, momento no qual a Defensoria Pública fez uma petição relatando a situação. Questionou-se quais foram os argumentos utilizados nesta petição e se o juiz deferiu o pedido.

Nas palavras do Defensor Público,

Esse foi um caso bastante peculiar, porque foi expedido o mandado de prisão e a própria usuária do nosso serviço entrou em contato pra solicitar informações sobre o processo dela. Quando... quando nós dissemos o que estava ocorrendo, ela ficou bastante apreensiva e preocupada com a situação dos seus filhos. **Nesse mesmo ato, ela apresentou os contatos atualizados e nós obtivemos contato com a rede municipal, que estava atendendo a família.** O CREAS [Centro de Referência Especializado de Assistência Social] se mostrou muito preocupado com essa possível nova prisão, dessa mulher, porque as crianças já vinham de uma situação de acolhimento institucional. Depois de a genitora ter sido presa pela primeira vez, o genitor passou a exercer a guarda das crianças e houve uma alegação de abuso sexual no núcleo familiar, o que... acabou acarretando no acolhimento dessas crianças. **A rede de apoio já havia atuado no sentido de restabelecer a guarda materna após a concessão de liberdade e a situação, na época, estava estável, com acompanhamento dos órgãos da... da assistência social aqui da cidade.** O que nós argumentamos foi que a segregação era desproporcional pra aquele contexto. O motivo pra decretação da prisão... o motivo inicial que foi elencado, seria o de que ela não teria mantido contato atualizado e não tinha atendido às ligações do órgão de monitoramento, mas na verdade a própria sentenciada teve a iniciativa de contatar o Estado, enquanto Defensoria Pública, para se colocar à disposição do Poder Judiciário. Além disso, foi argumentado que um novo encarceramento desestruturaria o núcleo familiar que estava se recuperando, segundo as informações do CREAS, que também foram acostadas no processo de execução, no PEC. Esse contexto que foi exposto fez com que o Juízo da Execução acolhesse o pedido pra tornar sem efeito a ordem de prisão.

Percebe-se que não só a atuação da Defensoria Pública Estadual foi importante para que o direito dessas crianças e dessa mãe fossem resguardados, como toda a rede de apoio municipal, conforme prevê o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa atuação conjunta foi o ponto principal para a tomada de decisão do juiz.

Na sequência, questionou-se ao entrevistado se, no ponto de vista dele, as crianças foram beneficiadas com essa decisão do juiz. O participante ressaltou, então, que o conhecimento acerca da realidade familiar é intermediado pela atuação de outros órgãos municipais, como no caso do CREAS e do Conselho Tutelar. Nesse caso específico, os relatórios encaminhados pela rede de assistência social

eram favoráveis às providências que essa mãe vinha tomando em relação às crianças.

Nesse sentido, Gustavo acredita que a decisão veio em benefício dos/as filhos/as, pois eles/as puderam manter o convívio com a mãe nessa fase em que o vínculo de afeto é um dos fatores de desenvolvimento mais importante, bem como a decisão atendeu aos princípios do melhor interesse da criança e à doutrina da proteção integral, sendo tomada “não só com base no direito à liberdade da genitora, mas também com fundamento nos interesses das crianças”.

Por conseguinte, a próxima indagação foi se, na opinião do Defensor Público, o Estado poderia ser responsabilizado pelos efeitos prejudiciais da separação das crianças dessa mãe encarcerada no caso de o juiz indeferir este pedido, questão essa que se relaciona diretamente com o problema de pesquisa. Em sua resposta, ele registrou que:

Esse questionamento me parece muito interessante e, de certo modo, é também inovador, pela mudança do enfoque. Eu não sou um estudioso do assunto, mas me parece que essa resposta, além de considerações sobre a responsabilidade civil do Estado, envolve um exame a respeito de como é pensada a função do Estado na sociedade... algo que está sempre em disputa no campo da ciência política. De todo modo, como o Direito exige uma resposta, ainda que provisória, a cada situação apresentada, acredito que a análise jurídica precisa partir do ideário proposto pela Constituição da República. O que nós temos, sob esse prisma, é uma normatização baseada na dignidade humana (como fundamento da República), na solidariedade (como objetivo da República), e na responsabilidade objetiva estatal e, também, no dever de prote... de proteção do Estado em prol das pessoas em desenvolvimento, o... dever esse que fundamenta a doutrina da pro... da proteção integral. Assim, **quando for possível verificar um erro do Estado que imponha o afastamento indevido de uma mãe ou, eventualmente de um pai, do convívio com seus filhos, em especial nas primeiras etapas do desenvolvimento infantil, eu acredito que se abre uma possibilidade de responsabilização, seja por ato comissivo ou, eventualmente, por conduta omissiva. O que eu quero dizer com isso é que o Estado não pode dar causa a uma situação de abandono familiar de forma injustificada, porque possui um dever de proteção. Esse é um fator que necessariamente deve ser levado em consideração nas situações de institucionalização, seja o aprisionamento, seja o acolhimento institucional.**

No ponto de vista do participante, portanto, o Estado pode ser responsabilizado pelos efeitos prejudiciais decorrentes da separação das crianças desta mãe encarcerada, seja por ato comissivo, seja por conduta omissiva. Nesse sentido, a hipótese do problema de pesquisa se confirma.

O colaborador também foi questionado se acredita que o acolhimento institucional de crianças, como o caso de estudo proposto, pode ser um tipo de violência contra essas crianças e por quê.

Gustavo Carlos disse que acredita que sim, pois “[...] o Estado existe pras pessoas, e não como causa de si mesmo”. Nesse viés, para o participante, o acolhimento institucional supõe a privação do convívio familiar. Assim, dependendo do caso, pode se constituir uma situação de violência estatal, em virtude dessa ruptura do suporte familiar e afetivo. O Defensor Público ainda acrescentou que essa é uma medida muito radical para ser utilizada como primeiro recurso. A Instituição, inclusive, já atuou numa situação em que a própria unidade de acolhimento agiu em conjunto com a Defensoria Pública para que a criança fosse restituída à família natural. Dessa forma, “era visível também que a pessoa que coordenava essa unidade estava tentando evitar uma situação traumática à criança decorrente dessa situação de institucionalização”.

Percebe-se que estas situações de violência podem ser evitadas apenas por ser levado em consideração o princípio do melhor interesse da criança, juntamente da doutrina da proteção integral, tendo em vista que esta institucionalização, imposta, vulnerabiliza ainda mais a/o infante, a depender do caso concreto.

Perguntou-se, também, se atualmente essa mãe continua com a guarda das crianças, em prisão domiciliar. Gustavo Carlos relatou que:

Essa mulher que... que na época tava se esforçando pra se reinserir no mercado de trabalho, finalmente conseguiu obter um emprego, mas terminou sendo demitida por razões que eu desconheço. Certo tempo depois, ela foi presa preventivamente por supostamente ter guardado drogas em sua residência. **No interrogatório judicial, ela relatou que não conseguiu se desvincular por completo das pessoas com quem ela convivia antes da primeira prisão e desse modo, ainda que de maneira não voluntária, propriamente dita, ela precisou fornecer hospedagem a uma pessoa que carregava essas substâncias que foram apreendidas. Ela negou que tivesse comercializando drogas. Eu acredito que esse é um caso que ilustra bem a... a complexidade desse tipo de decisão.** A gente pode destacar que os relatórios da rede de assistência eram todos favoráveis ao exercício da guarda pela genitora; também que nunca se pôs em xeque o vínculo de afeto que ela tinha com seus filhos; e, também, que as crianças têm um grande apeço pela mãe e afirmam isso até hoje. **A culpabilização da mãe na área criminal é apenas um lado da moeda. No entanto, a... a situação acabou acarretando um novo ciclo de encarceramento, da mãe, no caso, e institucionalização dos filhos.** As crianças atualmente estão na unidade de acolhimento local, **aqui em Jaguarão, mas existem familiares com interesse na guarda delas. Há pouco tempo, nós ficamos sabendo que um dos filhos fugiu da unidade de acolhimento e... eu penso que deve ser muito difícil de lidar com todos esses fatores, pras crianças, do ponto de vista subjetivo.** Afinal, a realidade do acolhimento passa a fazer parte de uma história pessoal, dessa narrativa que a gente monta sobre nós mesmos, o que nem sempre a gente faz de uma forma justa e compassiva.

A situação em questão retrata bem a realidade das mulheres encarceradas. De acordo com o relato do Defensor, esta mãe estava desempregada e não

conseguiu se desvincular das pessoas com quem convivia anteriormente, relacionadas ao tráfico de drogas. Em conformidade com a autora Soraia da Rosa Mendes (2021, p. 120), “[...] o rosto do encarceramento feminino brasileiro é o de mães, negras, pobres, de baixa escolaridade, acusadas de crimes envolvendo o tráfico de drogas de forma absolutamente coadjuvante (62%) [...]”.

Também se indagou a respeito de algum outro caso em que a(s) mulher(es), na condição de mãe(s) de filhos/as menores de 12 (doze) anos, que preenchia todos os requisitos do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, teve o benefício da prisão domiciliar negado.

Gustavo Carlos recordou de um caso que não se trata de um processo da execução penal, mas de um processo de conhecimento, no qual foi feito um pedido de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar. Segundo o Defensor Público,

[...] a denunciada ela tinha todos os requisitos necessários, segundo o STJ, pra... pra que fosse acolhido o pedido de prisão domiciliar, pois **era uma pessoa com doença incapacitante, com dois filhos menores de idade... menores de doze anos, que também apresentavam (os filhos, no caso), uma certa situação de deficiência. O Juízo de primeiro grau negou o pedido e, em *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça aqui do Estado também negou.** Um colega impetrou novo *habeas corpus*, dessa vez no STJ, que terminou por conceder a ordem e conceder a prisão domiciliar. A situação se manteve a mesma desde então.

Veja-se que, neste caso, o processo precisou ser impetrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) para que fosse reconhecido o direito desta mãe de receber o benefício da prisão domiciliar. Ela não só preenchia todos os requisitos necessários dos *Habeas Corpus* Coletivos nºs 143.641/SP e 165.704/DF, como também os pressupostos do art. 318 do Código de Processo Penal. Portanto, a denegação termina sendo *prima ratio*, ou seja, é a primeira instância para a solução dos problemas.

Por fim, o entrevistado entendeu que os questionamentos foram bem direcionados e que:

[...] **o nosso diálogo foi produtivo, porque me provocou certas reflexões que poderiam passar despercebidas sem a tua pesquisa.** São tantos casos que esses momentos de pausa, eles são importantes pra processar as particularidades de cada situação com a qual a gente trabalha.

Nesse prisma, o entrevistado contribuiu bastante para a pesquisa e incitou novos questionamentos, a respeito da fundamentação que é utilizada para negar ou conceder o benefício da prisão domiciliar, seja nos casos em que a paciente se encaixa nos requisitos exigidos dos *Habeas Corpus* Coletivos nºs 143.641/SP e

165.704/DF, como a que foi recordada na entrevista, seja nas situações da assistida que originou o estudo de caso etc.. Portanto, apresentamos, a seguir, o levantamento quantitativo e análise qualitativa dos dados relativos à fundamentação utilizada para negar ou conceder o benefício da prisão domiciliar às pacientes dos *Habeas Corpus* mencionados.

5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS

A fim de responder à questão que baliza esta pesquisa, como anunciado desde a introdução, realizou-se uma análise da aplicabilidade dos *Habeas Corpus* Coletivo nºs 143.641/SP e 165.704/DF nos casos de mulheres/responsáveis aprisionadas preventivamente no estado do Rio Grande do Sul.

Para o acesso de dados relativos ao *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, utilizou-se, como metodologia principal para coleta de dados e produção de resultados, o mecanismo de busca de jurisprudência contido no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)⁵, no qual foi inserido o termo de busca (palavra-chave) “*Habeas Corpus 143641*”, com filtragem específica de classe de processo de *Habeas Corpus* pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A coleta de dados foi realizada no espaço temporal compreendido entre 20 de fevereiro de 2018 (data de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP) e 25 de novembro de 2022 (termo final possível dentro do calendário de atividades do TCC/2022 na FADIR – FURG), obtendo como resultado um total de 327 (trezentas e vinte e sete) decisões.

O objeto de busca dos termos foi a ementa das decisões. Optou-se, também, pela palavra-chave sem pontos, a fim de filtrar melhor os acórdãos objetos de estudo.

Excluiu-se, também, 30 (trinta) decisões, em virtude de: 3 (três) *Habeas Corpus* não tiveram suas matérias analisadas, pois restaram prejudicados; 2 (dois) tiveram a ordem não conhecida; 17 (dezessete) tiveram a ordem concedida e substituíram a prisão preventiva por medidas cautelares diversas, o que não interessa a esta pesquisa, pois objetivou-se a análise das decisões que concedem (ou não) o benefício da prisão domiciliar; 3 (três) concederam liberdade provisória, seguindo a argumentação exposta no tópico anterior; e, por fim, 5 (cinco) nada diziam a respeito do tema de pesquisa, mas apenas faziam alguma citação indireta a respeito do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641. Assim, do recorte inicial de 327 (trezentas e vinte e sete) decisões, foram efetivamente observados 297 (duzentos e noventa e sete) acórdãos.

⁵ Ver https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa.

https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa

Apresenta-se, primeiramente, na Figura 1, o levantamento quantitativo desses dados, divididos entre as decisões que denegaram e concederam os pedidos de prisão domiciliar:

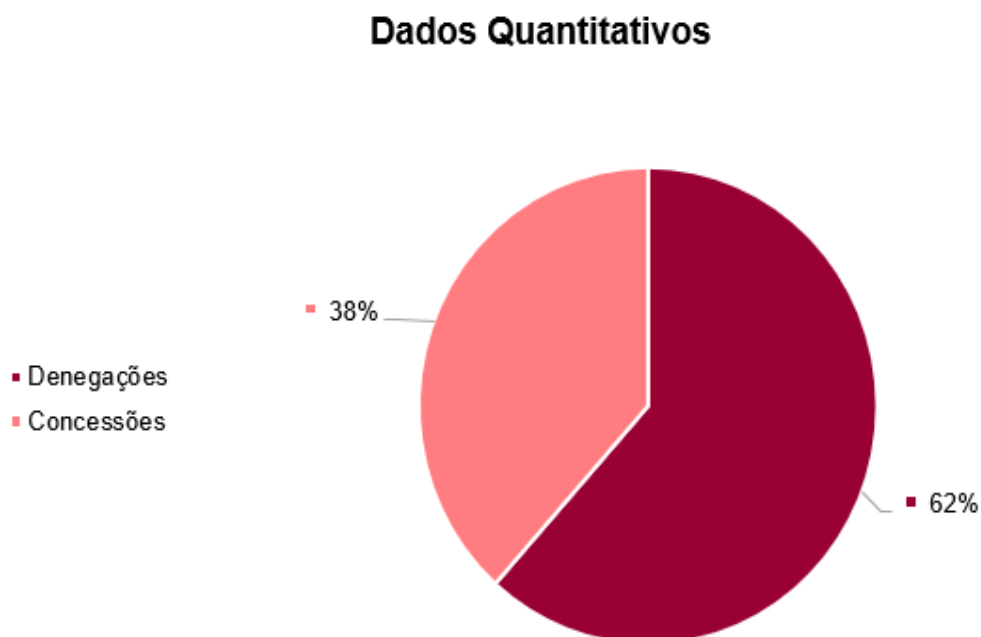


Figura 1- Gráfico do levantamento quantitativo dos dados considerados na pesquisa.
Fonte: Dados extraídos do Sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Verifica-se que, enquanto 62% das decisões (185 acórdãos) denegam a ordem para mulheres na condição de mães com filhos/as crianças, apenas 38% (112 acórdãos) das decisões concedem.

Para a compreensão dos motivos que levam os/as Desembargadores/as do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) negarem ou concederem o benefício da prisão domiciliar às pacientes do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, passa-se, na sequência, à categorização e à análise dos fundamentos utilizados nessas decisões.



Figura 2- Gráfico das justificativas para as denegações dos pedidos de prisão domiciliar.
 Fonte: Dados da autora a partir das informações do Sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

De acordo com o gráfico constante da Figura 2, percebe-se que o principal argumento utilizado para a denegação da ordem é a gravidade delitiva, manifestada pelos crimes cometidos com violência ou grave ameaça (26%, correspondente a 48 acórdãos).

Nesse aspecto, é visível que tal argumento está de acordo com o disposto na Lei nº 13.679/2018, no qual a substituição da prisão preventiva pela domiciliar só acontece quando o crime for cometido sem violência ou grave ameaça. No entanto, é dever do/a operador/a do Direito analisar o caso concreto, ainda que se trate de crime com violência ou grave ameaça, como se observa nos seguintes acórdãos:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. A paciente é mãe de uma criança de três anos e meio. **Não se identifica, na conduta individualizada imputada nestes autos (tentativa de homicídio simples), circunstância que contraindique a substituição da segregação cautelar, medida que objetiva efetivar a proteção integral à criança. Embora imputado crime cometido com violência contra a pessoa, não se identifica situação excepcionalíssima que torne imprescindível a manutenção da prisão. Consideradas as diretrizes lançadas pelo STF nos autos do HC nº 143.641, bem como do HC nº 152.090, e, principalmente, o reflexo deletério e tendencialmente irreversível do encarceramento materno ao desenvolvimento das crianças, mostra-se adequada a substituição da prisão preventiva por domiciliar. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.** (Habeas Corpus, Nº 70080977796, Primeira Câmara

Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 24-04-2019)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. HC 143.641/SP DO STF. APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA RESGUARDAR OS INTERESSES DOS FILHOS DA PACIENTE. 1. A segregação preventiva é medida extrema e excepcional, condicionada à existência do fumus comissi delicti e do periculum libertatis. Outrossim, importa que a prisão corresponda às exigências da proporcionalidade. 2. A necessidade da prisão restou demonstrada pela autoridade coatora, em decisão devidamente fundamentada na gravidade concreta do crime em tese praticado. **3. Demonstrado que a paciente é mãe de uma criança, mostra-se adequada a aplicação da prisão domiciliar, a fim de resguardar os interesses do filho, nos termos da ordem coletiva concedida pelo Supremo Tribunal Federal.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA POR MAIORIA. (Habeas Corpus, Nº 70078078904, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em: 22-08-2018) [grifamos]

Entende-se que, ainda que se trate de crime com violência ou grave ameaça à pessoa, não havendo situação excepcionalíssima que contraindique o benefício da prisão domiciliar, esta deve ser concedida, objetivando a garantia da doutrina da proteção integral.

Na sequência, a outra fundamentação que aparece na maioria dos casos considerados na amostra é quando a residência é utilizada para praticar o delito de tráfico de drogas (18%, correspondente a 34 acórdãos). Na ementa que será citada a seguir, a Relatora Rosaura Marques Borba entendeu que a concessão da prisão domiciliar da paciente, no caso em comento, desvirtuaria da própria intenção da norma:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Decreto prisional, lançado pela magistrada em 29/09/17, está devidamente fundamentado. Paciente foi avistada por policiais em conhecido ponto de tráfico, tendo buscado evadir-se da abordagem, sendo realizada a sua perseguição. Ao realizarem a sua vistoria pessoal, foi encontrada uma meia, dentro da qual havia 71 pinos de cocaína, pesando cerca de 45,1g e 1 bucha de cocaína, pesando cerca de 12,8g, além da quantia de R\$ 200,00 em dinheiro. No que refere ao pedido de prisão domiciliar, sob o fundamento de que a paciente possui 2 filhos menores de 12 anos de idade, entende-se que não merece deferimento. Não se desconhece que o STF, em decisão proferida nos autos do habeas corpus 143.641, concedeu ordem coletiva 'para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes. Todavia, na mesma decisão, o colegiado estabeleceu exceções, nas quais a substituição deve ser negada. **E, no caso em tela, indubitavelmente, está-se diante de uma situação excepcionalíssima. Conforme fundamentado pela juíza a quo, ao indeferir o pleito de prisão domiciliar, essa é a segunda prisão em flagrante da paciente, pelo delito de tráfico de drogas. Assim, muito embora o crime de tráfico não tenha vítima específica, o fato é que a paciente, ao praticar o delito na sua casa, junto com seus filhos, os expôs a um risco extremo. Logo, a concessão da prisão domiciliar, no caso dos autos, desvirtua a própria**

intenção da norma legal que motivou o precitado entendimento do Excelso Pretório, que é a proteção integral da criança - no caso, os filhos da paciente, que, repisa-se, ficariam expostos aos riscos e danos decorrentes do delito de trafico perpetrado dentro de casa. Tais circunstâncias levam, pois, à conclusão de que não há como se deferir a prisão domiciliar. O constrangimento ilegal anunciado não está demonstrado. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus, Nº 70077053569, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 10-05-2018) [grifamos]

Em 11% da amostra (21 acórdãos), encontra-se o fundamento do grau de periculosidade ou da reiteração delitiva. Nessa toada, é apresentada a argumentação de que, com a edição da Lei nº 13.769/2018, buscou-se a proteção da criança e do adolescente e, não, o prestígio à impunidade. Isso deixaria as mulheres imunes à atuação estatal, além de que a manutenção da paciente na sua residência seria negativa para as crianças.

Particularmente, discorda-se desta argumentação. Afinal, as mulheres não ficariam imunes à atuação estatal porque, ainda que tenham direito e cumpram os requisitos previstos na referida lei, a prisão domiciliar lhes é negada em grande parte. Assim, é contraditório dizer que se prestigiaria a impunidade se o benefício da prisão domiciliar fosse aplicado indistintamente a todas as mães de filhos/as menores de 12 (doze) anos, porque, não obstante, a prisão domiciliar não é forma autônoma de segregação cautelar, mas, sim, substitutiva da prisão preventiva, essa sim uma cautelar autônoma e, para ambas, não deixa o Estado de manter o seu dever de fiscalização do efetivo cumprimento das condições cautelares assumidas pela investigada/ré.

A gravidade em abstrato da conduta é outro fundamento utilizado, referente a 9% dos acórdãos (16). Também há o fundamento do risco à ordem pública, relativo à 7% das decisões (13 acórdãos). Já a reincidência se refere a 6% das decisões (10 acórdãos).

Da mesma maneira, foram denegadas 9 ordens (5%), pelo fato de o crime ter sido praticado na presença ou utilizando-se dos/as filhos/as menores. Em outros 10 acórdãos (5%), faltavam provas ou não se enquadrava nos requisitos exigidos ao *Habeas Corpus* Coletivo, como, por exemplo, ser mãe de filho/a adolescente/adulto.

Em 8 acórdãos (4%), não restou demonstrada a imprescindibilidade da genitora nos cuidados às/aos filhas/os, argumentação essa utilizada, inclusive, na execução penal, conforme exposto pelo Defensor Público na entrevista. Essa imprescindibilidade, contudo, é presumida, segundo precedente recente do Superior

Tribunal de Justiça, portanto, insuficiente esse argumento para embasar uma decisão denegatória.

Por fim, em 6 decisões (3%), o benefício foi denegado porque a paciente já estava em prisão domiciliar anteriormente ou descumpriu medidas cautelares anteriormente fixadas. Em 5 decisões (3%), as/os filhas/os estavam sob cuidados de outro/a familiar e, também, em 5 decisões (3%), a sentença condenatória já havia transitado em julgado.

Dessa forma, embora tenham conhecimento do posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal (STF), no que se refere à possibilidade de substituição da prisão preventiva ou até mesmo da pena privativa de liberdade por prisão domiciliar, especialmente no caso em que a presidiária tem filhas/os menores de 12 (doze) anos de idade, ficou evidenciado que os/as desembargadores/as do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dificilmente acreditam que a proteção aos/às infantes esteja assegurada na presença da mãe, uma vez que a colocação da responsável encarcerada nessa medida cautelar poderia expor as crianças a situações de risco.

Parece ser ignorado o fato de que, estando sem a presença dessa mãe em seus lares, estas/estes filhas/os já se encontram em situação de risco, principalmente no que concerne à condição das crianças serem pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial, conforme consta o art. 6º da Lei nº 8.069/1990 e a quem se deve garantir de modo prioritário o direito à convivência familiar.

Frisa-se que, ainda que haja todo um aparato jurídico e legal para que esta mãe possa estar com seus filhos, sob a custódia do Estado, o benefício da prisão domiciliar não é aplicado por motivos, muitas vezes, redundantes, que não analisam o caso concreto, mas que são suficientes para justificar a denegação sem maior profundidade.

Por outro lado, necessário entender quais são os fundamentos que concedem o benefício da prisão domiciliar às pacientes deste *Habeas Corpus* Coletivo, o que apresentamos no gráfico da Figura 3.

Concessões

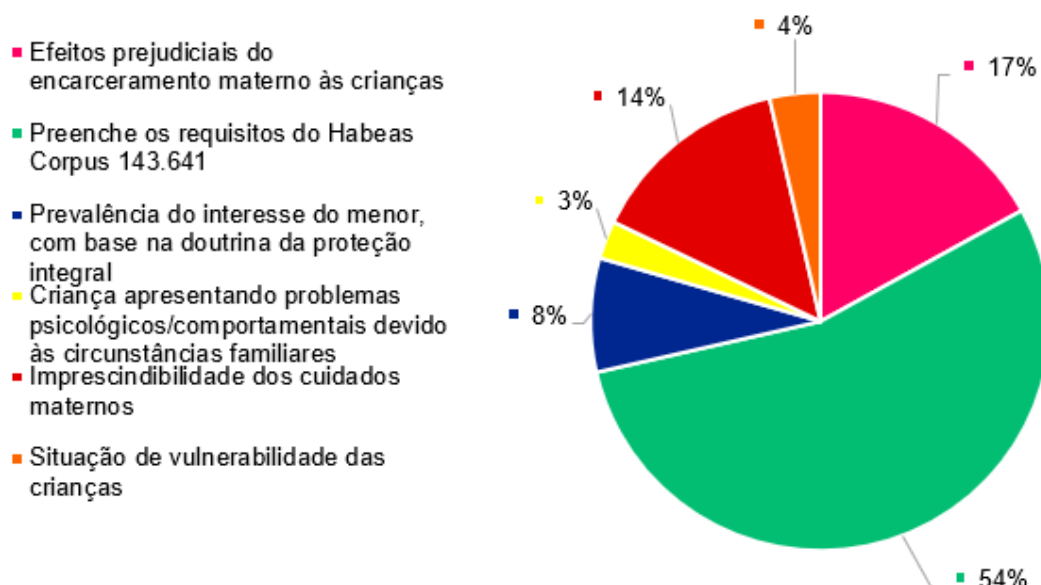


Figura 3- Gráfico das justificativas para as concessões dos pedidos de prisão domiciliar.
Fonte: Dados da autora a partir das informações do Sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Visualiza-se que a grande maioria das decisões que concedem o benefício (112 acórdãos) se baseia no preenchimento dos requisitos do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP. Nesse sentido, em 54% das decisões (61 acórdãos), as pacientes cumpriam os requisitos exigidos, quais sejam: filhas/os crianças; ter a guarda do/da infante; o crime não ser cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, nem contra seus descendentes; e ré primária ou tecnicamente primária.

Destaca-se que algumas rés que eram reincidentes, inclusive específicas, conseguiram o benefício da prisão domiciliar:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. HC 143.641/SP - STF. ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DAS CRIANÇAS. 1. A segregação preventiva é medida extrema e excepcional, condicionada à existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Outrossim, importa que a prisão corresponda às exigências da proporcionalidade. **2. No caso dos autos, em que pese a reincidência, a paciente é mãe de duas crianças. Ainda, tendo em vista o falecimento da avó materna e a situação de cárcere do pai, mostra-se impositiva a concessão da prisão domiciliar, nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA.** (Habeas Corpus, Nº 70077845618, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em: 20-06-2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318-A DO CPP. POSSIBILIDADE. 1. A

PRISÃO PREVENTIVA FOI DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. OS ELEMENTOS DE INVESTIGAÇÃO INDICAM O ENVOLVIMENTO DA PACIENTE COM SUPOSTA ASSOCIAÇÃO VOLTADA PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO. DE ACORDO COM OS DADOS EXTRAÍDOS DO TELEFONE DA CORRÊ, A PACIENTE ERA RESPONSÁVEL PELA CONTABILIDADE DO GRUPO. ADEMAIS, **A ACUSADA É REINCIDENTE ESPECÍFICA E CUMPRE PENA EM REGIME ABERTO. DEMONSTRADO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. 2. AS CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZAM, NO ENTANTO, A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR DOMICILIAR, NOS TERMOS DO ARTIGO 318-A DO CPP. A PACIENTE É GENITORA DE UMA CRIANÇA DE 10 ANOS DE IDADE. A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF, NÃO CONSTITUI ÓBICE À APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO, QUE TEM COMO BENEFICIÁRIO DIRETO A CRIANÇA. CONSIDERADAS AS DIRETRIZES LANÇADAS PELO STF NOS AUTOS DO HC Nº 143.641, BEM COMO DO HC Nº 152.090, E, PRINCIPALMENTE, O REFLEXO DELETÉRIO E TENDENCIALMENTE IRREVERSÍVEL DO ENCARCERAMENTO MATERNO AO DESENVOLVIMENTO DAS CRIANÇAS, MOSTRA-SE ADEQUADA A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR.** A PRIMARIEDADE DA PACIENTE E A AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS CRIANÇAS ERAM SUBMETIDAS ÀS VICISSITUDES DA PRÁTICA DELITIVA REFORÇAM A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 50595551820218217000, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 10-06-2021)

Também são levados em consideração, na fundamentação, os efeitos prejudiciais e irreversíveis do encarceramento materno ao desenvolvimento das crianças (17%, relativo a 19 acórdãos). Cita-se a prevalência do interesse do/a menor, com base na doutrina da proteção integral (8%, referente a 9 acórdãos), bem como são apresentados alguns elementos que evidenciam a situação de vulnerabilidade das crianças em 4 decisões (4%).

Frisa-se que, inclusive, algumas decisões (3%, referente a 3 decisões) falam sobre a criança estar apresentando problemas psicológicos ou comportamentais devido às circunstâncias familiares:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. 1. Encontram-se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, pois demonstrado que a paciente exercia importante função em estruturado grupo criminoso, sendo responsável, em tese, pela movimentação financeira da associação. 2. A gravidade concreta da conduta, no entanto, não indica situação excepcionalíssima a contraindicar a extensão de efeitos da decisão proferida pelo STF no HC nº 143.641. **A paciente é primária e genitora de uma criança de oito anos de idade. Foi juntado parecer psicossocial que afirma que os avós do menor não têm condições de mantê-lo sob seus cuidados, bem como que o infante apresenta problemas de comportamento desde a prisão de sua genitora.** Consideradas as diretrizes lançadas pelo Tribunal Constitucional, e, principalmente, o reflexo deletério e tendencialmente irreversível do encarceramento materno ao desenvolvimento das crianças, mostra-se adequada a substituição da prisão

preventiva por domiciliar, ausente circunstância excepcionalíssima concreta nos autos que contraindique o benefício. Extensão de efeitos da decisão benéfica no habeas corpus coletivo. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus, Nº 70078854593, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 26-09-2018)

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR À PACIENTE. RESPONSÁVEL POR FILHA MENOR DE IDADE. TRATA-SE DE HABEAS CORPUS, COM PEDIDO LIMINAR, IMPETRADO EM FAVOR DE F.P.F., PRESA PREVENTIVAMENTE PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. [...] A EXCEÇÃO DEVE SER DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. E, NO CASO CONCRETO, REGISTRO QUE HÁ NOS AUTOS, DE FATO, COMPROVAÇÃO DE QUE A ACUSADA É MÃE DE UMA MENINA QUE, ATUALMENTE, CONTA COM 7 ANOS DE IDADE. ALÉM DISSO, CONVÉM DESTACAR QUE, NOS TERMOS DO QUE FOI INFORMADO PELA DEFESA, A INFANTE ESTÁ, ATUALMENTE, SOB OS CUIDADOS DA AVÓ, QUE POSSUI, CONFORME ATESTADO ACOSTADO AO FEITO, "ESPORÃO", CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR CERTO, DIFICULTA OS CUIDADOS QUE NECESSITA DISPENSAR À MENOR. **NÃO BASTASSE, HÁ NO FEITO UM ATESTADO EMITIDO PELA ORIENTADORA EDUCACIONAL DA ESCOLA ONDE MATRICULADA A FILHA DA PACIENTE, NO QUAL CONSTA QUE A CRIANÇA ESTARIA APRESENTANDO SINTOMAS DE DEPRESSÃO INFANTIL, O QUE PODE ESTAR LIGADO À AUSÊNCIA DA MÃE.** OUTROSSIM, AINDA QUE A INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ARTIGO SUPRACITADO NEM SEMPRE COADUNE COM O REAL INTENTO DO LEGISLADOR AO EDITAR A LEI Nº 13.769/18, QUE VISAVA A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO NÃO APONTAM A SUBSTITUIÇÃO DA PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR COMO NECESSARIAMENTE CONTRAINDICADA. ISSO PORQUE A ACUSADA É PRIMÁRIA, NÃO RESPONDE A OUTRO PROCESSO CRIMINAL E, PELO QUE SE CONSTATA, NÃO HÁ INDICATIVOS, NOS AUTOS, DE QUE PUDESSE COLOCAR EM RISCO SUA FILHA OU A INVESTIGAÇÃO EM CURSO. NESSA LINHA, EM QUE PESE A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO DA PACIENTE NO CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, VERIFICA-SE QUE RESTAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS, PREVISTOS NO ARTIGO 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, À CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. ASSIM, ADEQUADO O DEFERIMENTO DA BENESSE À PACIENTE, MEDIANTE CONDIÇÕES. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DESTAS PODERÁ ENSEJAR NOVO DECRETO PREVENTIVO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 50568345920228217000, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em: 23-05-2022)

Repisa-se, aqui, o trecho do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 165.704/DF, o qual recordou de um caso em que concedeu a prisão domiciliar à paciente pois o filho dela, infante com 4 (quatro) anos de idade, estava apresentando problemas comportamentais, com início de episódio depressivo, em decorrência da ausência materna.

Sob outra perspectiva, no tocante ao *Habeas Corpus* Coletivo nº 165.704/DF, utilizou-se o critério temporal entre 20 de outubro de 2020 (data de julgamento pelo

Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 165.704/DF) e 25 de novembro de 2022 (termo final possível dentro do calendário de atividades do TCC/2022 na FADIR – FURG), obtendo como resultado 9 (nove) acórdãos.

Aproveitou-se o filtro de classe de processo de *Habeas Corpus* pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para delimitar essa pesquisa em jurisprudência no site do TJRS, utilizou-se o termo de busca (palavra-chave) “*Habeas Corpus 165704*”, sem nenhuma pontuação.

No entanto, devem ser excluídas 4 (decisões), que se tratam de pacientes homens. Assim, preliminarmente, observa-se nessa baixa incidência encontrada uma possível relação com o fato de o tema em questão ser recente, não havendo, portanto, ainda um considerável volume de decisões a serem observadas. Serão considerados, portanto, um total de 5 (cinco) acórdãos.

Nessa lógica, os dados serão apresentados no Quadro 1 a seguir:

Quadro 1 – Decisões que negaram e concederam o benefício da prisão domiciliar às pacientes do HC Coletivo nº 165.704/DF

Denegações (Fundamentos)	Total de acórdãos: 3	Concessões (Fundamentos)	Total de acórdãos: 2
Não demonstrada a imprescindibilidade dos cuidados maternos	1 julgado	Imprescindibilidade dos cuidados maternos	1 julgado
Guarda da criança não estava com a mãe	1 julgado	Cumprir os requisitos do Habeas Corpus - ré primária; crime praticado sem violência ou grave ameaça; filhas/os menores de 12 (doze) anos	1 julgado
Crime cometido com violência ou grave ameaça	1 julgado		

Fonte: Elaborado pela autora

Observa-se que, de 3 (acórdãos) que o TJRS denegou a concessão do benefício da prisão domiciliar, em 1 (um), utilizou-se o fundamento de que não restou demonstrada a imprescindibilidade dos cuidados maternos à criança; em 1 (um) deles, a guarda da criança não estava com a mãe; e em 1 (um), o delito foi cometido com violência ou grave ameaça.

Por outro lado, as 2 (duas) decisões em que o benefício foi concedido, foram fundamentadas porque, uma, os cuidados maternos eram imprescindíveis à criança e, outra, porque a paciente cumpria os requisitos do *Habeas Corpus*, ou seja, era ré primária; o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça; e era mãe de uma criança.

Assim, com relação à aplicabilidade do *Habeas Corpus* nº 165.704/DF, devido ao pouco número de acórdãos disponíveis para serem analisados, bem como por se tratar de um tema relativamente recente, não é possível concluir se o TJRS é conservador ou não quando da concessão do benefício às pacientes deste HC.

No entanto, os fundamentos coadunam-se com os expostos na análise da aplicabilidade do *Habeas Corpus* 143.641/SP.

Em virtude do exposto, os instrumentos legais e a consolidação jurisprudencial do órgão maior do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), estão previstos para serem utilizados. Necessário, portanto, analisar o caso concreto e atender ao princípio do melhor interesse da criança, bem como o princípio da convivência familiar.

Embora já desenvolvido anteriormente neste trabalho, convém ressaltar que a convivência familiar, da mesma forma que a própria estrutura da família, são as bases do desenvolvimento da criança. Se a excepcionalidade do caso concreto para a não concessão do benefício é disposta de maneira indiscriminada, torna-se regra geral. Por esta razão, a excepcionalidade da não aplicação do benefício às pacientes deve ser devidamente justificada com base no risco concreto que a decisão pode trazer para a criança, não apenas na gravidade abstrata do delito; na falta de demonstração da imprescindibilidade dos cuidados maternos (o que é presumida); na reincidência ou na reiteração delitiva; e em outros argumentos utilizados de maneira genérica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando o objetivo geral da pesquisa, buscou-se responder qual a responsabilidade do Estado na vida das crianças filhas/os de responsáveis encarceradas, a partir do estudo de caso empírico e da análise dos fundamentos constantes nas decisões que indeferiram ou concederam o benefício da prisão domiciliar às pacientes dos *Habeas Corpus* Coletivos nº 143.641/SP e nº 165.704/DF, observando quais dessas decisões levaram em consideração a doutrina da proteção integral da criança, bem como se foi garantido o princípio da prioridade absoluta e o direito à convivência familiar, elencados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dessa forma, foi possível responder ao problema de pesquisa através dos métodos utilizados. Isto porque, na entrevista com o Defensor Público atuante na Comarca de Jaguarão, observou-se que, no caso de o Estado cometer um erro no afastamento da genitora ao convívio com o/a filho/a, especialmente nas primeiras etapas do desenvolvimento infantil, demonstra-se a responsabilização do estado por ato comissivo ou por conduta omissiva. Nesse sentido, possuindo um dever de proteção integral da criança, o Estado não pode e não deve promover esta situação de abandono e violência institucional de forma injustificada.

Ademais disso, através do levantamento quantitativo e a análise qualitativa dos dados, restou demonstrado que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) mais nega do que concede as decisões, utilizando-se de argumentos que nos parecem rasos, baseados na gravidade abstrata da conduta, na reincidência, na reiteração delitiva etc. Inclusive, algumas decisões que concederam o benefício da prisão domiciliar às pacientes fundamentaram que a criança apresentou problemas psicológicos/comportamentais em virtude do afastamento da mãe do lar. Isto é levar em consideração à proteção integral da criança, no qual é manifesto o impacto no desenvolvimento da criança sem o convívio familiar.

Nos pareceu evidenciado que, quando os instrumentos processuais estão dispostos para serem utilizados e não o são por acepções morais, o Estado deve ser responsabilizado pela separação das crianças das mães/responsáveis encarceradas, diretamente. Afinal, um dos maiores problemas reconhecidos pela corte suprema e enfrentados neste país é justamente a superlotação carcerária. Há, contudo, alternativas para esta situação, como a opção pela prisão domiciliar.

Assim, tendo o Estado o dever de assegurar e garantir o direito das crianças, é seu dever, também, analisar cada caso concreto com base na doutrina da proteção integral e no melhor interesse da criança. Nesse sentido, uma das conclusões deste estudo é a de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conserva muitas barreiras na aplicabilidade do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/DF.

Da mesma maneira, o estudo de caso empírico trouxe diversas respostas às provocações da investigação feita, tratando sobre a vulnerabilidade da criança e da família na situação do acolhimento institucional; a estigmatização dessas pessoas vulnerabilizadas; a questão da fundamentação utilizada para não acolher os pedidos feitos na execução penal; a complexidade do caso que baseou este estudo, tendo esta mãe reincidido no delito de tráfico de drogas e as crianças sido submetidas/os novamente ao sempre traumático processo de institucionalização; a diferença que faz uma rede de apoio municipal em casos como o tratado neste trabalho, etc..

Embora este seja o momento para o encaminhamento ao encerramento da pesquisa, surgiram diversas outras inquietações, como, por exemplo, quantas decisões foram denegadas e, conseqüentemente, quantas crianças tiveram seu desenvolvimento e seus direitos cerceados, em virtude da segregação da sua responsável? A criança, de certa forma, também não é culpabilizada por uma decisão/atitude a qual não teve autonomia nenhuma? Desta forma, compreendemos que esses questionamentos são aceitáveis, diante da complexidade do tema enfrentado e dos múltiplos fatos, inclusive de ordem subjetiva, a ele relacionados.

O resultado deste estudo permite concluir que a culpabilização da genitora parece ser sempre o caminho mais fácil, inclusive, para o Estado. Quando o Poder Judiciário (enquanto Estado) argumenta que a criança estaria desamparada ou correndo risco na companhia da mãe, nem sempre se baseia no caso concreto, mas sim, na ideia generalizante e estereotipada de que a mulher infratora não pode e nem tem condição de ser uma boa mãe.

Assim, sua responsabilidade é dirimida. Ninguém o cobra, porque a culpada é a mãe em situação de cárcere. Privar a criança de um direito que é seu, de se desenvolver na estrutura e no convívio familiar, fere princípios fundamentais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Com base nestas respostas, mas principalmente nas novas indagações e provocações surgidas dos resultados apontados neste estudo é que se pretende

continuar com a investigação, a fim de aprofundar e discutir, futuramente, os dados levantados, considerando, por exemplo, os tipos de delitos correspondentes às decisões analisadas, qual a Câmara responsável pelo julgamento, entre outros aspectos. Também vislumbramos como possibilidade futura de desdobramento deste estudo a utilização dos próprios dados disponibilizados pelo sistema da Defensoria Pública Estadual, com autorização da Instituição, relativo às mulheres presas preventivamente.

Terminamos esta pesquisa com a sensação de dever cumprido, de analisarmos um lado que é invisibilizado por tantos e que é extremamente necessário para um Direito mais justo e igualitário à/a todas/os. A importância da pesquisa, para nós, está na forma de repensar decisões que, muitas vezes, são automáticas. No entanto, devemos entender que falamos de vidas de pessoas ainda em desenvolvimento, o que, conseqüentemente, trazem um peso e uma responsabilidade maior em cada caso. Dessa forma, trazer este olhar mais sensível às mães/responsáveis encarceradas e às crianças que delas dependem foi (e é) a principal motivação para o trabalho apresentado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues [et al.]. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 8ª ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2019.

BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento preventivo: um passo para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. **Jota.info**, 19 jan. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRAGA, Ana Gabriela. Entre a soberania da lei ao chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 523-546, jul-dez 2015.

BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. **Série Pensando o Direito**, no 51. Brasília. 2015.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 01, p. 349-375, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143.641/SP**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 165.704/DF**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 02 dez. 2021.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 5ª ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

FARIAS, Leila Karenina Ferreira. **Direito à convivência familiar de crianças e adolescentes com pais privados de liberdade: a prisão domiciliar como alternativa à proteção integral**. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7996>. Acesso em 10 jan. 2022.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

FRANCO, Anderson Prezia; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes; GARCIA, Victor. O Habeas Corpus Coletivo: uma mudança de paradigma nas decisões em controle difuso de constitucionalidade. **Law Review**. IDP, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5398/2088>. Acesso em: 04 dez. 2021.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GILLIGAN, Carol. **Uma voz diferente: teoria psicológica e o desenvolvimento feminino**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. 2ª ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2021.

MIRANDA, Homero Oliveira de. **Levantamento sistemático de dados das decisões sobre prisões domiciliares de gestantes e mães com base no marco legal da primeira infância como garantia do desenvolvimento sadio infantil em segurança: contribuições para a efetividade da norma**. 2021. Tese de Doutorado. Brasil. Disponível em: <https://repositorio.uvv.br/handle/123456789/820>. Acesso em: 04 dez. 2021.

POMPEU, Ana. STJ confirma prisão domiciliar de ex-primeira-dama Adriana Ancelmo. **Consultor Jurídico**, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/stj-confirma-prisao-domiciliar-ex-primeira-dama-adriana-ancelmo>. Acesso em: 25 jan. 2022.

POSSEBON, Lurian. **O modelo expressivo-colaborativo: uma alternativa feminista à ética tradicional**. 2017. Tese de Mestrado. Brasil. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/13410/DIS_PPGFILOSOFIA_2017_PO SSEBON_LURIAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 set. 2022.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da Pesquisa em Direito – Técnicas e Abordagens para Elaboração de Monografias, Dissertações e Teses**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva Jurídicos, 2019.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

TALON, Evinis. STJ: para prisão domiciliar, presume-se necessidade de cuidado materno. **Evinis Talon**, 2022. Disponível em: <https://evinistalon.com/stj-para-prisao-domiciliar-presume-se-necessidade-de-cuidado-materno/>. Acesso em: 21 set. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. 2ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa; TRAMONTINA, Robison; ANGOTTI, Bruna. Cuidado e direitos fundamentais: o caso do habeas corpus coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 21, n. 2, p. 563–576, 2020. DOI: 10.18593/ejl.26616. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26616>. Acesso em: 04 dez. 2021.

APÊNDICE A – TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO PARA PARTICIPAÇÃO NA PESQUISA⁶

Apresentamos o presente Termo de Consentimento Livre e Informado acaso queira e concorde em participar desta Pesquisa de Graduação em Direito, desenvolvida na Faculdade de Direito – FaDir, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, pela autora Milene de Faria Santos Ramires, sob orientação da Profa. Dra. Rita de Araujo Neves, cujo temo central é o direito das crianças cujas mães/responsáveis estão encarceradas, com título “A responsabilidade do Estado na vida das crianças filhas/os de responsáveis encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso”, autorizando a sua entrevista, referente à etapa de coleta de dados deste estudo.

Garantimos o sigilo e anonimato das pessoas em estudo, o livre acesso aos dados, bem como a liberdade de desistência em quaisquer das fases do processo.

Caso haja disponibilidade e interesse em participar como colaborador neste estudo, autoriza e assina o consentimento abaixo:

Pelo presente consentimento livre e informado, declaro que fui informado de forma expressa do tema e objetivo geral, da justificativa e dos instrumentos utilizados na presente pesquisa. Declaro que aceito voluntariamente participar do estudo e autorizo a gravação de som, se necessária entrevista, na fase de coleta de dados. Fui igualmente informado da garantia de: solicitar resposta a qualquer dúvida com relação aos procedimentos; do livre acesso aos dados e resultados; da liberdade de desistir e retirar meu consentimento em qualquer fase do estudo; do sigilo e do anonimato. Enfim, foi garantido que todas as determinações ético-legais serão cumpridas antes, durante e após o término desta pesquisa.

Jaguarão (RS), 25 de novembro de 2022.

Assinatura do Participante/Colaborador

⁶ **Observação:** Quaisquer dúvidas em relação à pesquisa, entrar em contato com:

1. Graduanda: **Milene de Faria Santos Ramires**. Contato: (53) 99929-8947 / (53) 99710-9191. E-mail: milene058@gmail.com.

2. Orientadora: Profa. Dra. Rita de Araujo Neves. E-mail: profarita@yahoo.com.br

APÊNDICE B – TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE VOZ⁷

Por meio do presente termo, declaro que estou ciente e **AUTORIZO** a gravação de voz da entrevista concedida pessoalmente, bem como o uso das informações nela fornecidas como fontes para o Trabalho de Conclusão de Curso da Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, intitulado “A responsabilidade do Estado na vida das crianças filhas/os de responsáveis encarceradas e a atuação da Defensoria Pública: um estudo de caso”, da acadêmica Milene de Faria Santos Ramires, sob orientação da Profa. Dra. Rita de Araujo Neves.

Tais informações são confidenciais e somente serão utilizadas para os fins desta investigação acadêmica, obedecendo às determinações éticas das pesquisas com seres humanos e zelando pelo devido sigilo dos nomes das pessoas nela envolvidas.

Fui igualmente informado da garantia do anonimato da minha própria identidade, também em conformidade com estas mesmas determinações éticas.

Embora isto, autorizei e requeri expressamente que meu nome fosse explicitado no texto daquele relatório de pesquisa.

Jaguarão (RS), 25 de novembro de 2022.

Assinatura do Participante/Colaborador

⁷ **Observação:** Quaisquer dúvidas em relação à pesquisa, entrar em contato com:

1. Graduanda: **Milene de Faria Santos Ramires**. Contato: (53) 99929-8947 / (53) 99710-9191. E-mail: milene058@gmail.com.

2. Orientadora: Profa. Dra. Rita de Araujo Neves. E-mail: profarita@yahoo.com.br

APÊNDICE C – ROTEIRO DA ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA

1. Qual o papel da Defensoria Pública Estadual na defesa dos direitos das crianças e nas situações de acolhimento institucional?
2. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) determina que a Justiça da Infância e da Juventude é obrigada a criar e manter um cadastro atualizado das crianças e adolescentes em programa de acolhimento institucional e familiar, ao qual terão acesso alguns órgãos institucionais, como o Ministério Público e Conselho Tutelar. Sabes responder por que a Defensoria Pública não consta nesse rol? Isso não seria contraditório com a própria missão constitucional atribuída à Defensoria Pública?
3. Em relação ao estudo de caso focalizado nesta pesquisa, a assistida, com condenação definitiva, conseguiu o benefício da prisão domiciliar porque progrediu de regime. Havia pedido de prisão domiciliar com fundamentos similares àqueles utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641, que trata das pacientes mães com filhos menores de doze anos. Pela tua experiência na execução penal, essa fundamentação costuma ser acolhida em pedidos deste tipo? Sob quais argumentos?
4. Em outro momento, foi expedido mandado de prisão contra esta assistida por não ter mantido o seu telefone de contato atualizado. Assim, as crianças teriam que ser acolhidas institucionalmente. A Defensoria Pública fez uma petição relatando a situação. Quais foram os argumentos utilizados nessa petição? O juiz deferiu o pedido?
5. No teu ponto de vista, as crianças foram beneficiadas com essa decisão do juiz? Podes relatar por quais motivos elas foram beneficiadas ou não, bem como em que medida foram levados em consideração (ou não) os princípios do melhor interesse da criança e a doutrina de proteção integral?

6. Se o juiz indeferisse esse pedido, na tua opinião, o Estado poderia ser responsabilizado pelos efeitos prejudiciais da separação das crianças dessa mãe encarcerada?
7. Acreditas que o acolhimento institucional de crianças, em alguns casos, como no estudo de caso proposto nesta pesquisa, possa ser um tipo de violência contra as crianças? Em caso de resposta positiva, por quê?
8. Atualmente, tens conhecimento se essa mãe continua com a guarda das crianças, em prisão domiciliar?
9. Na tua experiência profissional, recordas de algum outro caso em que alguma assistida, mãe de filho menor de 12 (doze) anos, que preenchia todos os requisitos do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641, no qual o benefício da prisão domiciliar tenha sido negado? Em caso de resposta positiva, poderias narrar brevemente esse(s) caso(s)?
10. Gostarias de acrescentar alguma coisa que acredites ser pertinente para esta pesquisa e que eu tenha deixado de perguntar?