



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA VALÉRIA DE SANTANA

**A (IN)COMPATIBILIDADE DOS ARTIGOS 318, VI E 318-A
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FACE AO SISTEMA
PROTETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Salvador
2019

ANA VALÉRIA DE SANTANA

**A (IN)COMPATIBILIDADE DOS ARTIGOS 318, VI E 318-A
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FACE AO SISTEMA
PROTETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA VALÉRIA DE SANTANA

**A (IN)COMPATIBILIDADE DOS ARTIGOS 318, VI E 318-A
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FACE AO SISTEMA
PROTETIVO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Título e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Título e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

RESUMO

O presente trabalho teve por finalidade a análise das normas processuais penais que disciplinam a substituição da prisão preventiva para o regime de prisão domiciliar cautelar de homens e mulheres que possuem filhos de até doze anos de idade; a análise feita foi baseada nos requisitos exigidos pela lei 13.257/2016 que significou o Marco Legal da Primeira Infância e, posteriormente, pela inserção na Lei Processual Penal do art. 318-A, ambos com a finalidade de dar concretude às normas de proteção à infância. Desse modo, foram confrontados os requisitos inseridos no Código de Processo Penal com o sistema de direitos e garantias destinados à infância e adolescência no ordenamento jurídico. O parâmetro para análise das aludidas normas foi, essencialmente, as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente aliado a dispositivos constitucionais que versam, principalmente, sobre o direito de convivência familiar, já que a convivência da criança com a família e a comunidade afigura-se como meio de assegurar os demais interesses do infante, como a preservação do melhor interesse. Além disso, também foram contrapostas diretrizes estabelecidas pelo direito das famílias que possuem estrita relação com o adequado desenvolvimento físico e psíquico no período de desenvolvimento humano. Em consequência, foi abordado de forma interdisciplinar o sistema de proteção da criança ao considerar estudos elaborados, em especial, na área de psicologia, posto que não há como tratar sobre a efetivação dos direitos da criança e do adolescente sem que haja uma abordagem subjetiva que pondere sobre as condições reais em que vivem as crianças, bem como o contexto sociocultural em que estão inseridas. A partir do Marco Legal da Primeira Infância, a prisão domiciliar cautelar foi abordada como política pública estabelecida em prol da efetivação do direito de convivência familiar da criança com seus genitores. Enfim, chegou-se ao entendimento sobre a harmonização ou não da norma processual penal com as garantias trazidas pelo Estatuto da Criança e do adolescente.

Palavras-chave: Melhor interesse da criança; Estatuto da Criança e do Adolescente; Parentalidade; Prisão; Prisão Cautelar; Medidas cautelares.

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze the criminal procedural rules that govern the substitution of preventive detention for the system of home custody of men and women with children up to 12 years of age; the analysis was based on the requirements required by law 13.257/2016 which meant the Legal Framework for Early Childhood and, later, for insertion in the Criminal Procedure Law of art. 318-A, both with the purpose of giving concreteness to the rules of child protection. In this way, the requirements inserted in the Code of Criminal Procedure were confronted with the system of rights and guarantees for children and adolescents in the legal system. The parameter for the analysis of the aforementioned norms was essentially the norms contained in the Statute of the Child and the Adolescent allied to constitutional provisions that mainly deal with the right of family coexistence, since the coexistence of the child with the family and the community appears as a means of securing the infant's other interests, as the preservation of the best interest. In addition, guidelines established by the law of families that have a close relationship with adequate physical and psychic development during the period of human development were also opposed. As a consequence, the child protection system was approached in an interdisciplinary way considering studies developed, especially in the area of psychology, since there is no way to deal with the realization of the rights of children and adolescents without a subjective approach consider the actual conditions in which children live, as well as the socio-cultural context in which they are inserted. From the Legal Framework of Early Childhood, the precautionary home arrest was approached as a public policy established for the purpose of enforcing the right of family connivance of the child with their parents. Finally, we came to the understanding about the harmonization or not of the criminal procedural norm with the guarantees brought by the Statute of the Child and the adolescent.

Keywords: Best interest of the child; Child and Adolescent Statute; Parenting; Prison; Home prison; Precautionary measures.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
BNMP	Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
CRFB/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CNSS	Conselho Nacional de Serviço Social
CONANDA	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Funabem	Fundação Nacional do Bem-estar
Infopen	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LBA	Legião Brasileira de Assistência
MNMMR	Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
SAM	Serviço Nacional de Assistência a Menores
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL	11
2.1	MOVIMENTOS E DECRETOS INTERNACIONAIS.....	18
2.2	O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	21
2.2.1	Proteção integral, prioridade absoluta e melhor interesse da criança ...22	
2.2.2	Estatuto da Criança e do Adolescente	26
3	DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR	28
3.1	PRINCÍPIOS.....	32
3.1.1	Igualdade	34
3.1.2	Pluralismo familiar	36
3.1.3	Afetividade	40
3.2	PARENTALIDADE EXERCIDA NO CÁRCERE.....	42
4	MEDIDAS CAUTELARES	45
4.1	MEDIDAS CAUTELARES PENAIS.....	49
4.1.1	Princípios e garantias constitucionais	56
4.1.2	Prisões cautelares	60
4.2	PRISÃO DOMICILIAR.....	63
5	(IN)COMPATIBILIDADE DOS ARTIGOS 318, VI E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	66
5.1	A IMPORTÂNCIA DA PRISÃO DOMICILIAR COMO MEIO DE GARANTIA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O PAI.....	72
5.2	A PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS ESTRUTURAS FAMILIARES.....	76

5.3	CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS PAIS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	79
6	CONCLUSÃO.....	88
7	REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tenciona analisar criticamente a norma processual penal incluída no CPP com o fim de garantir o direito de convivência familiar da criança e do adolescente. Passaram a fazer parte do CPP o art. 318, V e VI e, posteriormente, o art. 318-A, ambos criados para dispor sobre a substituição da prisão preventiva para a prisão domiciliar, proporcionando, assim, que crianças de até doze anos de idade ou com deficiência tenham acesso ao direito de convivência familiar previsto no ordenamento jurídico.

O art. art. 318, VI foi incluído com a promulgação da Lei 13.257/2016 que representou o Marco Legal da Primeira Infância, trazendo políticas públicas de garantia dos interesses relacionados à infância.

Será estudado o conteúdo das referidas normas em paralelo aos direitos da criança estabelecidos na Constituição Federal e, especialmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse trabalho surge da constatação da desigualdade de requisitos constantes nos artigos 318, VI e 318-A do CPP para que seja possível a conversão da prisão preventiva em domiciliar cautelar em benefício do desenvolvimento da criança e do adolescente. Assim, será demonstrada a desproporcionalidade das exigências trazidas pela norma processual penal para com o objetivo primário da norma, que é a viabilização do direito de convivência familiar do infante que tem seus genitores reclusos.

Para uma melhor investigação do tema, será abordado o direito da criança sob uma perspectiva evolutiva considerando a trajetória legal e principiológica responsável pela promoção do sistema protetivo hoje vigente através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Será também feito um estudo multidisciplinar, inerente à natureza do próprio ECA, a fim de confrontar as normas protetivas da infância com os objetivos pretendidos pelo CPP através do art. 318, VI e 318-A.

Irão agregar a este trabalho as contribuições do direito das famílias, que possuem intrínseca relação com a concretização do direito da criança, uma vez que o próprio texto constitucional indica a família como local propício ao saudável desenvolvimento e formação do infante. Além disso, serão de grande importância

estudos importados da área de psicologia e assistência social, sem o qual, as normas previstas no ECA teriam um enorme déficit de aplicação, uma vez que, é a partir das contribuições de áreas diversas do direito que torna-se possível aferir no caso concreto qual medida é mais adequada ao bem-estar da criança e do adolescente.

Neste trabalho será dado destaque ao direito de convivência familiar da criança com o pai em situação de cárcere - que é preterido pelo CPP – de modo a demonstrar a imprescindibilidade da figura paterna para o desenvolvimento saudável da criança. Para tanto, far-se-á necessário percorrer pelos comportamentos e costumes culturalmente estabelecidos na sociedade para o homem e para a mulher.

Serão relacionados os “papeis sociais” atribuídos ao pai e à mãe e o significado que, ainda hoje, possuem na vida da criança para concluir se estão em conformidade com os interesses resguardados à infância.

Este estudo parte da verificação de que a lei processual penal fora prescrita de forma equivocada por considerar, para a sua aplicação, condições inerentes ao gênero do responsável pela criança sem uma investigação interdisciplinar de fatores no caso concreto, que possam justificar a convivência do filho com o pai ou a mãe.

Nessa abordagem, será examinada a norma do CPP criada sob a premissa da importância vital da figura materna, e apenas desta, em detrimento da paternidade, que acaba sendo a *ultima ratio* do legislador para garantir os direitos da infância acarretando em prejuízos que atingem desde o comportamento até o desenvolvimento psíquico da criança.

Ressalte-se que não há neste estudo o propósito de hierarquizar o exercício da parentalidade pelo pai ou pela mãe; o que se pretende é justamente o oposto: revelar a equivalência das funções parentais desempenhadas por ambos na vida da criança. Para tanto, serão confrontados os aludidos dispositivos com o sistema de proteção e garantias conferidos à infância, para que possa ser demonstrada a incompatibilidade dos critérios trazidos pelo Código de Processo Penal em relação aos direitos da criança e do adolescente.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

A definição de criança e adolescente é estabelecida a partir do fator etário, e sobre ele dispõe a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Dessa forma, é entendido como criança todo ser humano menor de dezoito anos de idade¹. Como é sabido, esta classificação possui algumas variações, pois a Lei nº 8.069/1990 entende por criança, o indivíduo de até doze anos incompletos, sendo adolescente, portanto, aquele que está entre doze e dezoito anos de idade².

A criança e o adolescente nem sempre foram enxergadas como sujeitos de direito ou sequer eram consideradas pessoas carecedoras de um olhar protetivo pela sociedade e, conseqüentemente, também não atraíam a atenção dos legisladores. A proteção jurídica que hoje lhes é garantida decorreu de vários fatores de transformação social, principalmente no tocante ao desenvolvimento do direito das famílias.

O panorama do tratamento dispendido às pessoas em fase de desenvolvimento, considerado a partir da Idade Média, é delineado num contexto em que a sociedade era regida pelos mandamentos cristãos de forma que o cristianismo regia todas as searas da vida pública e privada, e não poderia ser diferente em relação às crianças; a elas foi atribuído religiosamente o dever de “honrar pai e mãe”³. Mas, apesar de a religião lhe dedicar uma atribuição na sociedade, a criança historicamente não possuía atenção social ou legislativa.

Nesse momento teve início a noção de proteção da criança, quando a igreja passou a prever penas corporais e espirituais para os pais que abandonavam ou expunham seus filhos. Entretanto, essa regra apenas era aplicada aos filhos legítimos, ou seja, aqueles nascidos no padrão de família matrimonial exigido à

¹ BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília. 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 17 out. 2018.

² Idem. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. Brasília. 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

época, de modo que filhos concebidos fora do casamento não recebiam o mesmo tratamento.⁴

Por volta do século XII, a criança ainda não possuía representação social, tendo maior relevância no século XIII, porém, ainda havia despreocupação com a infância. De acordo com Phillipe Àries, na Bíblia moralizada de São Luís, as crianças eram representadas com maior frequência, mas nem sempre eram caracterizadas por algo além de seu tamanho.⁵

Entre o século XVI e XIX as crianças eram tratadas como se adultos fossem não sendo respeitadas suas limitações e necessidades de ser humano em desenvolvimento. Phillipe Àries tratou da pouca significância dedicada às crianças, até mesmo em razão do alto índice de mortalidade infantil nos países europeus à época, o que se revelava como obstáculo para que se pudesse desenvolver o afeto no seio familiar.

Ninguém pensava em conservar o retrato de uma criança que tivesse sobrevivido e se tornado adulta ou que tivesse morrido pequena. No primeiro caso, a infância era apenas uma fase sem importância, que não fazia sentido fixar na lembrança; no segundo, o da criança morta, não se considerava que essa coisinha desaparecida tão cedo fosse digna de lembrança [...]. A criança era tão insignificante, tão mal entrada na vida, que não se temia que após a morte ela voltasse para importunar os vivos.⁶

Não existiu, por muitas décadas, o cuidado em respeitar as fases da vida, de modo que “a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos”⁷. Porém, durante muito tempo no decorrer da história, as pessoas adultas sequer eram tratadas de forma digna, e as crianças por serem criadas à sua semelhança, tampouco o eram.

Nesse mesmo período o Brasil vivia o período colonial, e a realidade não era outra. Nas embarcações que traziam as pessoas que iriam povoar a Terra de Santa Cruz, havia também crianças que eram trazidas e submetidas a abusos sexuais e trabalhos pesados⁸. Não havia preocupação com os elementos físicos ou psíquicos que as diferenciavam das pessoas já crescidas.

⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

⁵ ÀRIES, Phillipe. **História social da família e da criança**. Trad. Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 50-51.

⁶ Ibidem, p. 56-57.

⁷ Ibidem, p. 10.

⁸ RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI**. In PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil*. 7 ed. São

No regime imperial brasileiro a infância passou a atrair outro tipo de atenção, especialmente as crianças infratoras. Sob a vigência das Ordenações Filipinas eram aplicadas penas cruéis também aos infantes, podendo, em alguns casos, haver pena de morte, uma vez que a maioridade penal era atingida aos sete anos de idade.⁹

Com o surgimento do Código Penal de 1830, foram realizadas algumas modificações no tratamento dispendido à criança e ao adolescente, e aqueles com idade de até quatorze anos passaram a ser inimputáveis a depender do grau de discernimento, e o Estado passou a intervir com a criação de casas de correção que tiveram início ainda no Brasil colonial.¹⁰ Entretanto, o perfil opressor da lei anterior remanesceu.

Nesse período a atenção estatal também recaía sobre o recolhimento de crianças órfãs que eram encaminhadas às Santas Casas de Misericórdia, que apesar de serem administradas pela igreja, recebiam subsídios do Estado. E, através da Roda dos Expostos, os infantes abandonados eram acolhidos pela instituição católica e seriam posteriormente conduzidos a atividades laborais.¹¹

As mudanças a respeito do reconhecimento das crianças como titulares de direitos ocorreram, portanto, a passos lentos. No século XVIII, voltou-se a atenção às crianças órfãs, tendo em vista a comum prática de abandono pelos seus responsáveis.¹²

O Código Penal que se sucedeu em 1890, após a instituição da república no Brasil, foi considerado um retrocesso em face da legislação anterior, tendo em vista a redução da maioridade penal de 14 para 9 anos de idade num cenário onde se discutia a importância de afastar o contato de crianças com a repressão Estatal.¹³

Paulo: Contexto, 2010, p.19-54. Disponível em:<docero.com.br/doc/c0v5>. Acesso em: 12 set. 2018, p. 11.

⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

¹⁰ Ibidem, loc. cit.

¹¹ SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil**: da situação irregular à proteção integral. Revista Brasileira de História e Ciências Sociais. v.3 n.5, jun. 2011, p. 34-35. Disponível em:<www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83>. Acesso em 27 out. 2018.

¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op. cit. loc. cit.

¹³ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Universitária Santa Úrsula, 1997.

Esse panorama, sutilmente foi sendo modificado a partir do século XX, quando as crianças passaram a ser “objeto” de proteção estatal¹⁴. Nesse momento, a sociedade ainda se questionava sobre proteger ou se defender daqueles que eram taxados como infratores.

As discussões acerca da responsabilidade em implantação de políticas assistências para crianças e adolescentes em âmbito nacional e internacional implicaram em inovações legislativas a partir do século XX.

Essa preocupação foi precedida do cenário social vivido no século XIX onde a falta de proteção ao menor impulsionava a alta taxa de mortalidade, delinquência e abandono. Desse modo, a criança pobre era vista como um problema social a ser solucionado pelo poder público.¹⁵

No Brasil, já se vivia a primeira fase republicana quando foi instituído, em 1927 o Decreto 17.943-A, que criou o Código de Menores do Brasil, também denominado Código Mello Mattos, tratando sobre crianças e adolescentes em situação irregular, quais fossem: as crianças órfãs, expostas¹⁶, abandonadas¹⁷ ou

¹⁴ LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. **A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 318. Disponível em: <www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4796/pdf>. acesso em: 12 set. 2018.

¹⁵ SILVA, Chris Giselle Pegas Pereira da. **Código Mello Mattos: um olhar sobre a assistência e a proteção aos “menores”**. Revista em Debate. Rio de Janeiro, 2009, n.8, p. 3. Disponível em: <www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=14406@1>. Acesso em: 21 out. 2018.

¹⁶ De acordo com o artigo 14 do Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, exposto era considerado o infante de até sete anos de idade que fosse encontrado em estado de abandono em qualquer lugar.

¹⁷ Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos:

- I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;
- II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;
- III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;
- IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;
- V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;
- VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.
- VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:
 - a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;
 - b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;
 - c) empregados em occupaões prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;
 - d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

delinquentes. Apesar de não possuírem tratamento adequado elas já eram, de certo modo, enxergadas pelo Estado.

O Código Mello Mattos mudou o status das crianças que viviam à margem da sociedade para serem “objeto” de tutela do Estado, configurando a primeira forma de concretização de política pública para menores.

Com a Constituição Federal de 1937 já havia maior espaço para discussões acerca da efetivação dos direitos humanos e isso foi refletido no texto constitucional. Entretanto, a preocupação estatal com a infância era limitada aos casos de delinquência, de modo que se tentava recuperar o menor infrator moldando-o de acordo com o comportamento prescrito pelo Estado.¹⁸ A criança e o adolescente eram “problemas” a serem solucionados pelo poder público.

Um dos avanços trazidos pela instituição da Lei de Menores foi a proibição do trabalho infantil nas indústrias, o que até então era entendido como uma possibilidade de afasta-los da marginalidade. Havia previsão expressa quanto a vedação do trabalho pelo menor de 12 anos e o menor de 14 anos que não tivesse concluído o primário.¹⁹ Esse dispositivo causou grande repercussão, principalmente entre os donos dos estabelecimentos industriais.

Além da polêmica acerca do trabalho infantil, o artigo 31 do Código de Menores de 1927 também trazia hipóteses de perda do pátrio poder, ou seja, em casos de negligência, abuso de poder, maus exemplos, incapacidade, crueldade, exploração ou perversidade, o pai ou a mãe da criança teria suspenso ou perderia o que hoje é intitula “poder familiar” ou seria destituído da tutela.²⁰

Entretanto, apesar de o Código Mello Mattos possuir finalidade de manter a ordem social, ele não se destinava a todas as crianças e adolescentes indistintamente, mas aqueles em situação de pobreza, abandono ou delinquência²¹,

VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível;

a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;

b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

¹⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p.39. Disponível em:<

¹⁹ SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral**. Revista Brasileira de História e Ciências Sociais. v.3 n.5, jun. 2011, p.8. Disponível em:<www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83>. Acesso em 27 out. 2018.

²⁰ Ibidem, loc. cit.

²¹ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. p. 6. Disponível em:<www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf>. Acesso em 27 out. 2018.

ou seja, todos que eram enxergados como “irregulares” por não integrarem um núcleo familiar tradicional.

A atuação do Estado passou a reunir órgãos públicos e privados criando um sistema integrado de assistência à infância. Esse sistema foi constituído pelo Conselho Nacional de Serviço Social (1938), Departamento Nacional da Criança (1940), Serviço Nacional de Assistência a Menores (1941) e Legião Brasileira de Assistência (1942).²²

O CNSS surgiu como um órgão relacionado ao Ministério da Educação e Saúde e resguardava a função de elaborar pesquisas sobre os “desajustes” sociais, sugerir políticas sociais a serem implementadas pelo governo e organizar o Plano Nacional de Serviço Social. Em suma, era este órgão o responsável pela distribuição de verbas e subvenções.²³

Respeitando a cronologia, em seguida surgiu o Departamento Social da Criança vinculado ao Ministério da Educação e Saúde para que fosse difundida socialmente a necessidade de proteção à díade materno-infantil.²⁴

Já o SAM, foi um órgão integrante do Ministério da Justiça e Negócios Interiores voltado à ordem social por meio da contenção infanto-juvenil e tinha por objetivo atender aos interesses dos menores desvalidos e infratores na tentativa de recuperá-los. Durante o regime militar vivido no Brasil o SAM foi substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, da qual se originou a Febem, implementada pelos estados federativos a fim de internar e recolher os menores infratores e abandonados pelos pais.²⁵

Mais um modelo puramente correccional pautado apenas no objetivo punitivo e repressivo não prosperou.

²² SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil**: da situação irregular à proteção integral. Revista Brasileira de História e Ciências Sociais. v.3 n.5, jun. 2011, p.9. Disponível em:<www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83>. Acesso em 27 out. 2018.

²³ BULLA, Leonia Capaverde. **Relações Sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro**. Revista virtual textos e contextos. n. 2, ano II, dez. 2003, p.6. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/947>. Acesso em 29 out. 2018.

²⁴ PEREZ, José Roberto Jus; PASSONE, Eric Ferdinando. **Políticas sociais de atendimento às crianças e adolescentes no Brasil**. Cadernos de Pesquisa. v. 40. n. 140. maio/ago. 2010. p. 657. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/cp/v40n140/a1740140>. Acesso em 29 out. 2018.

²⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

Por sua vez, a Legião Brasileira de Assistência que fora criada para atuar em conjunto com o Estado na promoção dos serviços de assistência social²⁶ voltados ao amparo de soldados e seus familiares. E, em 1946 a LBA passou a se ocupar de assuntos como a maternidade e a infância das pessoas pobres.²⁷

O Código de Mello Matos de 1927 reconhecia o direito de proteção ao menor trouxe a figura do juiz de menores criado em 1923 pelo Decreto nº 16.273/1923 para tratar dos infratores²⁸, o que fez com que todos aqueles em situação de irregularidade passasse pelo juiz de menores. E, em 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil expressamente positivou no artigo 127 a proteção à criança e, para além disso, proibiu o abandono pelos pais e responsáveis sob pena de cometer falta grave.²⁹

Posteriormente, no final dos anos setenta foi inaugurado o segundo marco nacional de proteção da infância e juventude com o Novo Código de Menores de 1979, ainda com perfil correccional dos menores infratores que passaram a não mais serem classificados entre abandonados e delinquentes, agora seriam menores “em situação irregular”.³⁰

Sem grandes inovações, a nova Lei se debruçou sobre a cultura do internamento de infantes carentes ou delinquentes, de modo que excluir do convívio social aqueles que viviam à margem da sociedade era entendida como única possibilidade de enfrentamento dos problemas à época.³¹

²⁶ BULLA, Leonia Capaverde. **Relações Sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro**. Revista virtual textos e contextos. n. 2, ano II, dez. 2003, p.6. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/947>. Acesso em 29 out. 2018.

²⁷ BARBOSA, Michele Tupich. **Legião brasileira de assistência (LBA): o protagonismo feminino nas políticas de assistência em tempos de guerra (1942-1946)**. 2017. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/48900/R%20-%20T%20-%20MICHELE%20TUPICH%20BARBOSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 29 out. 2018.

²⁸ SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral**. Revista Brasileira de História e Ciências Sociais. v.3 n.5, jun. 2011, p.5. Disponível em: <www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83>. Acesso em 27 out. 2018.

²⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Diário oficial da União, Brasília, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 30 out. 2018.

³⁰ CELESTINO, Sabrina. **Entre a FUNABEM e o SINASE: a dialética do atendimento socioeducativo no Brasil**. 2016, p. 87-88. Disponível em: <www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27042/27042.PDF>. Acesso em 13 set. 2018.

³¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

2.1 MOVIMENTOS E DECRETOS INTERNACIONAIS

As discussões acerca dos direitos da criança e do adolescente antes mesmo de serem pauta em território brasileiro, foram suscitadas na comunidade internacional havendo grande avanço relativo à proteção dos direitos infanto-juvenis. Segundo Steiner e Alston, a primeira menção a “direitos da criança” com projeção internacional se deu em 1924 por meio da resolução aprovada pela Assembleia da Liga das Nações endossando a Declaração dos Direitos da Criança promulgada em 1923 pelo conselho da ONG *Save the Children International Union*³².

Passada a Segunda Guerra, teve início a busca pela afirmação dos direitos humanos. Nesse cenário, em 1946, foi criado pela Assembleia Geral da ONU o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas – Unicef – voltado à assistência humanitária de crianças em situação de vulnerabilidade. Dois anos depois a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que trata dos direitos da criança e do adolescente de forma implícita.³³

Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgou a Declaração dos Direitos da Criança, cujo texto foi de grande importância para a elaboração da Convenção posteriormente³⁴. A importância desse documento está na necessidade de existir um diploma que tratasse separadamente dos direitos relacionados à infância, já que o texto da DUDH era bastante amplo.³⁵

Seguindo cronologicamente, em 1966 surgiram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contra a exploração infantil e em favor da proteção à infância.³⁶ Nesse sentido, o PIDCP reitera a criança como ator social ao prever as

³² STEINER, Henry; ALSTON, Philip *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 303.

³³ ONU. **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Disponível em: <nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em: 02 nov. 2018.

³⁴ STEINER, Henry; ALSTON, Philip *apud* PIOVESAN, Op. cit. loc. cit.

³⁵ UNICEF - Fundo das Nações para a Infância. **Situação Mundial da Infância**. 2009. p. 5. Disponível em: <www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

³⁶ FRANCISCO, Tomás Xavier José. **História dos Direitos da Criança no mundo e em Moçambique**: um estudo sobre a sua evolução. Revista de Ciências Humanas. Florianópolis. Jan/jun 2016, v.50, n.1. p. 71. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/viewFile/2178-4582.2016v50n1p66/32203>. Acesso em: 21 out. 2018.

medidas protetivas que sua condição exige, asseguradas pelo Estado, pela família e pela sociedade, bem como a obrigação de ser registrada após seu nascimento.³⁷

Em 1989 a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre o Direito das Crianças, que veio a ser ratificada pelo Brasil em 1990. Essa convenção reconhece a criança como sujeito de direito e possui caráter amplo, pois traz consigo todas as áreas de direitos humanos – civis, políticos, sociais, econômicos e culturais - direcionados especificamente para sua proteção integral e interesse absoluto.³⁸ Mais tarde, o Estatuto da Criança e do Adolescente vai seguir os ditames dessa Convenção.

Corroborando o panorama de afirmação dos direitos da criança, a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência em Direitos Humanos de 1993, solicitou a todos os Estados soberanos a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e a sua efetiva implementação por meio de medidas legislativas e outras que se mostrassem necessárias.³⁹

A Conferência de Viena reitera, ainda, o princípio da “criança antes de tudo” de modo a serem priorizados esses direitos em todas as atividades dirigidas à infância, devendo-se, inclusive, considerar a opinião dos próprios interessados na tomada de decisões.⁴⁰

A partir de sua ratificação, a Convenção de 1989 transformou o modo como a criança era vista e tratada em todas as partes do mundo, exercendo influência em legislações nacionais e internacionais.

Não apenas em contexto internacional se deram os movimentos em prol dos direitos da infância e juventude. No Brasil ocorreu o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua que representou um marco social na luta em prol

³⁷ BRASIL. **Decreto nº 592** de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

³⁸ STEINER, Henry; ALSTON, Philip *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304.

³⁹ ÁUSTRIA. **Declaração e programa de ação de Viena**. Viena, 25 jun. 1993. Disponível em:<www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. Acesso em 21 out. 2018.

⁴⁰ *Ibidem*.

desses direitos, tendo como premissa a promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente e a organização e formação de crianças em situação de rua.⁴¹

Este movimento surgiu na década de 80 num cenário conflituoso o qual se ansiava pelo fim do período ditatorial brasileiro. Muito influenciado por movimentos estrangeiros, o MNMMR foi fundamental na inclusão social das crianças em situação de rua, realidade que à época crescia exponencialmente. E, em 1985, este movimento oficialmente se concretizou como entidade civil sem fins lucrativos oportunizando ao seu público alvo a possibilidade de se manifestar e se fazerem ouvidos perante a sociedade⁴², o que até então era inviabilizado pelos modelos implementados pelo Funabem e Febem que apesar de também serem voltados ao acolhimento de crianças órfãs e abandonadas, tinham natureza puramente correcional.

Um dos grandes diferenciais desse movimento, em grande parte liderado por educadores, consistiu não apenas em proteger as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, mas sim informá-los sobre os direitos que titularizavam tornando-os sujeitos de direito e sujeitos políticos.⁴³

A atuação do MNMMR transcendeu a esfera meramente assistencial tendo em vista que atuavam em favor do aperfeiçoamento legislativo sobre o tema e na confecção de políticas públicas, além de agir no combate à violência contra crianças e adolescentes.⁴⁴

⁴¹ FIGUEIREDO, Mauro Teixeira de. **O avesso da violência: o movimento nacional de meninos e meninas de rua e a luta pela cidadania para crianças e adolescentes no Brasil.** 1996. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 92-93. Disponível em:<repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111932>. Acesso em: 01 mar. 2019.

⁴² SOUZA, Tainara de Jesus. **O movimento nacional de meninos e meninas de rua e a conquista dos direitos: o marco do Movimento Social em prol da garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.** In: III Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais, 2013, Belo Horizonte, p. 7. Disponível em:<www.cress-mg.org.br/arquivos/simposio/O%20MOVIMENTO%20NACIONAL%20DE%20MENINOS%20E%20MENINAS%20DE%20RUA%20E%20A%20CONQUISTA%20DOS%20DIREITOS.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

⁴³ Ibidem, p. 7-8.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Mauro Teixeira de. Op. cit, p.93.

2.2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988 surgiram também novos direitos e garantias atribuídas à criança e ao adolescente, os quais foram abrangidos pelo art. 226 da Lei Constitucional. Além disso, passaram a ser cuidadosamente estabelecidos em favor da criança, nos artigos 227 e 229, os direitos à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito, dentre outras garantias.⁴⁵

Devido a pressão de instituições internacionais, como o Unicef, a criança passou de “situação irregular” a sujeito titular de garantias fundamentais.⁴⁶ O Brasil passou a adotar um sistema garantista dos direitos infanto-juvenis, o que implicou na redação do próprio texto constitucional. O legislador constituinte foi incisivo ao estabelecer a proteção integral da criança a ser assegurada pela família, pela sociedade e pelo próprio Estado, bem como o dever dos pais em educar e cuidar dos filhos.

Após muitas críticas que envolveram os Códigos de Menores e em um novo contexto construído pelo sistema protetivo estabelecido pela Constituição de 1988 onde a criança passa a ser detentora de direitos, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 para regulamentar a nova conjuntura normativa inaugurada no Brasil. Para tanto, o ECA foi redigido com normas específicas para atender as necessidades das pessoas em fase de desenvolvimento.

Porém, o ECA não surgiu apenas como uma lei, em verdade tratava-se de um microsistema de proteção à infância e adolescência. Uma vez que o objetivo da nova legislação infraconstitucional era efetivar o sistema protetivo voltado à infância e juventude, seu texto cuidava de regras processuais, tipos penais, princípios e normas de direito administrativo, não excluindo outros que se fizessem necessários.⁴⁷ Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 foi um importante

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 set. 2018.

⁴⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 42.

marco na mudança de concepção de proteção social dispendida à juventude no Brasil.

2.2.1 Proteção integral, prioridade absoluta e melhor interesse da criança

Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo, princípio é o mandamento nuclear de um sistema, é o que define sua lógica e racionalidade e dá sentido harmônico⁴⁸. Nesse sentido, a doutrina de proteção à criança construída a partir da CRFB/88, e logo em seguida pelo ECA, concretizam a afirmação dos direitos sociais da população infanto-juvenil brasileira.

Em se tratando especificamente dos princípios que norteiam a sistemática de proteção oferecida pela Lei 9.069/1990, assim como em qualquer vertente do direito, expressam os valores eleitos pelo legislador como aqueles que melhor representam os interesses de seu público alvo.

De forma geral, os princípios basilares desse sistema são o da prioridade absoluta, melhor interesse da criança e proteção integral. E, partindo dessas três bases, surgem outros princípios de caráter específico relacionados a institutos próprios, como aqueles pertinentes à execução de medidas socioeducativas ou medidas de proteção.⁴⁹

A noção de que as pessoas em fase de desenvolvimento mereciam tutela diferenciada surgiu através de um instituto do direito anglo-saxônico denominado *parens patriae*, e através dele, o Estado avocava a guarda das pessoas “juridicamente limitadas”, que eram assim entendidas as crianças e os “loucos”.⁵⁰ Dessa forma, os pais e responsáveis de pessoas nessas condições se submetiam ao Estado que figurava como “guardião supremo”.⁵¹

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-818.

⁴⁹ Cf. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 56.

⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: União OAB/MG, 2000, p. 217. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 02 mar. 2019.

No século XVIII, o instituto do melhor interesse da criança foi dividido de modo a separar a proteção conferida aos “loucos” e às crianças em razão da individualidade das necessidades desses sujeitos.⁵²

O melhor interesse da criança como princípio teve como precursor o julgamento do caso *Commonwealth vs. Addicks* nos Estados Unidos em 1813, onde foi decidido que a guarda da criança seria concedida à mãe em detrimento do pai, mesmo havendo cometido adultério, pois o entendimento prevalecente indicou que a criança menor de idade precisava dos cuidados da mãe, pois ela seria a pessoa adequada para dar atenção e assistência aos filhos.⁵³ Esse entendimento repercutiu ao longo dos anos para relacionar à figura materna toda atividade concernente à manutenção do lar e da família em sua concepção tradicional.

No direito brasileiro, o melhor interesse da criança se fez presente muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Logo no início do regime ditatorial foi criada a Lei 4.513/1964, que instituiu o Funabem, prescrevendo no artigo 6º⁵⁴ a prioridade no tratamento dos problemas em relação à criança e ao adolescente, de modo a viabilizar a sua integração na comunidade.⁵⁵

Gustavo Monaco entende o princípio do melhor interesse sob quatro vieses. Primeiramente o Estado-legislador deve ser instruído para que as leis prevejam sempre a melhor consequência aos sujeitos tutelados; o Estado- juiz deve decidir tomando como parâmetro a aplicação da lei ao caso concreto para que seja possível atender às reais necessidades da criança; já ao Estado- administrador cabe a confecção de políticas públicas também balizadas pelo maior interesse da infância; por fim, a última orientação cabe à família em razão do importante papel no desenvolvimento humano.⁵⁶

Kátia Maciel, por seu turno, entende que este princípio orienta a atuação do legislador e também do aplicador, que quando da sua atuação o deve

⁵² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 57.

⁵³ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: União OAB/MG, 2000, p. 218. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 02 mar. 2019.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 4.513** de 1º de dezembro de 1964. Cria a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor. Brasília. 1º dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

⁵⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). op. cit, p. 205.

⁵⁶ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos *apud* ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2-3.

fazer livre de subjetivismos, uma vez que a supremacia do interesse infantil deve ser observada sob o viés do que é necessário para o desenvolvimento daquele a quem se destina a norma, e não sob a ótica subjetiva do aplicador.⁵⁷

Importa destacar que o melhor interesse sob a forma de princípio esteve presente no Código de Menores desde 1927, embora limitado, já que este Código foi destinado aos menores infratores e abandonados (“irregulares”).⁵⁸ Tal previsão constava do artigo 5º do Código revogado conforme o qual os interesses desses sujeitos prevaleceriam sobre quaisquer outros interesses jurídicos.⁵⁹ Logo, este não se trata de um princípio inovador, a novidade trazida pela Lei 8.069/1990 reside na nova interpretação e alcance que lhe foi atribuído.

Contudo, os termos “interesse” ou “bem-estar” utilizados pelas leis menoristas, não foram adotados de forma genérica pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo então substituídos para “direitos da criança e do adolescente”, o que não significa que o ECA deixou de contemplar esse instituto.

Quanto a doutrina da proteção integral, surgiu como reação à situação de “irregular” atribuída às crianças infratoras e marginalizadas conforme redação do Código de Menores em 1927 e mantida pelo novo código em 1979.⁶⁰

Assim, a proteção integral adotada pelo ECA foi moldada a partir de diversos diplomas normativos em âmbito nacional e internacional, dentre os quais importa destacar o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que versa sobre a prioridade absoluta – o que vem a ser outro princípio para ser tratado de forma autônoma.⁶¹

Também se sobrepõe a Convenção dos Direitos da Criança, uma vez que o texto do artigo 2º utiliza a expressão “proteção” para se referir aos direitos contidos no artigo 3º⁶², e outros marcos em normatização internacional que cuidam

⁵⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: União OAB/MG, 2000, p. 205. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

⁶⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Op. cit.*, p. 45.

⁶¹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

⁶² BRASIL. **Decreto nº 99.710** de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Brasília. 21 de novembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

do desenvolvimento da infância, embora não de forma exclusiva, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos por meio do artigo 19⁶³.

Foi superado, então, o binômio “carência-delinquência” que caracterizava a situação de irregularidade dos infantes de acordo com as primeiras leis menoristas, o que a seu tempo, limitava o âmbito de atuação do poder judiciário na figura dos juízes de menores.⁶⁴

Havia, verdadeiramente, um arcabouço normativo dedicado à infância, porém, como já explicitado, de caráter restrito e não universal, de modo que se verificou necessário substituí-lo pelo sistema vigente, já que a forma repressiva adotada era essencialmente segregatória, privando a criança não somente do convívio em sociedade, mas também do contato com seus familiares, que na maioria das vezes eram considerados como os próprios vetores da irregularidade.⁶⁵

O novo sistema de proteção universal deixou de ser concentrado apenas em ações estatais para ser participativo e diluído entre a sociedade, a família – que até então não era tratada juridicamente de forma a englobar os direitos de seus integrantes menores de idade – e também o próprio Estado.

A noção de universalidade encontra-se, principalmente, no alcance das normas pós-constituição de 1988. Dessa forma, foram abarcadas todas as crianças e adolescentes de forma indistinta. E, para que esse alcance fosse possível, a lei infraconstitucional elencou atribuições a serem distribuídas a todos os entes federativos – especialmente o município - para que efetivamente houvesse abrangência de atendimento através de políticas sociais básicas, programas de assistência social e serviços de atendimento psicossocial.⁶⁶

A proteção integral acarreta também a discussão acerca do princípio da prioridade absoluta, o qual cumpre salientar, revela a primazia da criança e do adolescente com amparo constitucional novamente referenciado no art. 227, além de ser expressamente disposto na Lei 8.069/1990 nos artigos 4º e 100⁶⁷.

⁶³ OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção americana de direitos humanos**. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁶⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-46.

⁶⁵ Ibidem, p. 46.

⁶⁶ Ibidem, p. 47.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília. 13 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

De acordo com o ECA, os direitos fundamentais da infância e juventude possuem tratamento prioritário no atendimento em serviços públicos, na execução de políticas públicas, no recebimento de recursos governamentais e até mesmo no recebimento de socorro em quaisquer circunstâncias.

A preferência na efetivação das garantias voltadas à infância se estende também para todas as esferas de interesse, seja ela administrativa, extrajudicial, social, familiar ou judicial. Além disso, o Conselho Tutelar, previsto no artigo 136, IX da lei estatutária desempenha importante função na concretização da prioridade em caráter preventivo ao assessorar o Poder Executivo na elaboração de propostas orçamentárias e planos de governo que respeitem os comandos constitucional e infraconstitucional.⁶⁸

A prioridade resguardada à infância se impõe, inclusive, sobre os direitos da pessoa idosa; em um eventual conflito normativo, prevalecerão os interesses da criança e do adolescente, uma vez que esta foi a prioridade estabelecida pelo legislador constituinte.

2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu nos anos 90 como uma forma de consolidar em texto legal os avanços que já ocorriam em relação ao reconhecimento dos direitos relacionados à infância e juventude através de movimentos internacionais e nacionais como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua em anos anteriores.

Nesse processo, destacam-se os anos 80 tendo em vista que a preocupação acerca dos direitos e garantias das crianças e adolescentes se tornou mais expressiva a partir do olhar direcionado às crianças de rua, e a partir de então se foi ampliando o espectro de proteção para a infância e juventude de forma mais ampla.

Com a promulgação da Lei 8.069/1990 se concretizaram os princípios da prioridade absoluta, melhor interesse da criança e proteção integral que anteriormente ficavam limitados às discussões acadêmicas ou à atuação de

⁶⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

movimentos como o MNMMR. Assim, o Estado também passou a reconhecer e dispende esforços em prol da efetivação dos direitos inerentes à infância.⁶⁹

Dessa forma, o ECA representou a ruptura com a postura anteriormente adotada para estabelecer, principalmente, mudanças de conteúdo, de método e de gestão relacionados à política de promoção e defesa desses direitos,⁷⁰ dentre as quais se destaca a substituição de práticas meramente assistencialistas e correccionais por uma noção social construída com base na criança entendida também como cidadã.⁷¹

O texto da lei estatutária estabelece, ainda, novas práticas em relação aos textos das leis menoristas que a antecederam, como o seu objeto que deixou de ser o “menor” para ser a criança e o adolescente entendidos como titulares de direitos.⁷²

Então, o texto do ECA incorporou os princípios contidos na Convenção dos Direitos da Criança e abordou de forma minuciosa direitos que já tinham previsão ampla e genérica no texto constitucional.

⁶⁹ FIGUEIREDO, Mauro Teixeira de. **O avesso da violência**: o movimento nacional de meninos e meninas de rua e a luta pela cidadania para crianças e adolescentes no Brasil. 1996. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.103. Disponível em:<repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111932>. Acesso em: 01 mar. 2019.

⁷⁰ COSTA, Antônio Carlos Gomes da, KAYAYAN, Agop, FAUSTO, Ayrton. Do avesso ao direito de menor a cidadão. In: FAUSTO, Ayrton; CERVINI, Ruben. (Orgs.). **O trabalho e a rua**: crianças e adolescentes no Brasil urbano dos anos 80. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 9. Disponível em:<biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=10731&tab=opac>. Acesso em 02 mar. 2019.

⁷¹ Ibidem, loc. cit.

⁷² LEMOS, Flávia Cristina Silveira. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil atual. **Revista Psicologia Política**. São Paulo, v.8, n.15, jun. 2008, p. 8.

3 DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Kátia Maciel conceitua a convivência 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”.⁷³

O direito a convivência consiste numa “via de mão dupla” estando previsto tanto para os genitores quanto para seus filhos. De acordo com o artigo 227 da Constituição Federal “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”; a convivência familiar integra o universo de direitos fundamentais da criança.⁷⁴ Na mesma direção está o art. 19 do ECA ao prescrever que toda criança tem o direito de ser criada e educada no seio familiar.

A eleição do seio familiar como imprescindível ao desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes é pautado no fato de ser a organização familiar a porta de entrada para a convivência humana em uma sociedade; é, portanto, a primeira fonte capaz de oferecer o aporte afetivo necessário para o crescimento físico e mental.⁷⁵ E, não apenas o convívio familiar, mas também o convívio comunitário é fomentado pelas legislações brasileiras, pois constituem importantes pontos de identificação da criança já que é na sociedade que ela desenvolve sua cidadania.⁷⁶

Nesse sentido, o ECA rompe com o sistema de institucionalização de crianças e adolescentes através dos modelos correccionais aplicados àqueles em

⁷³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116.

⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁵ SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 211. Disponível em: <repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/1/Livro_%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Pref%C3%A1cio_Notas_biogr%C3%A1ficas_e_sum%C3%A1rio>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁷⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Op. cit.*, p. 117.

situação de rua e abandono para privilegiar a convivência social e familiar em detrimento do isolamento.⁷⁷ Em 2017, o texto do art. 19, § 2º do ECA foi incluído para estabelecer o tempo máximo de dezoito meses para permanência da criança no sistema de acolhimento institucional, o que enfatiza seu caráter excepcional e temporário justamente para que seja feita a reinserção da criança na sociedade e no seio familiar de origem o mais brevemente possível.⁷⁸

Em razão do caráter excepcional, a ruptura da convivência familiar ocorrerá apenas quando da necessidade de encaminhamento da criança ao sistema de acolhimento ensejado por situações diversas, como a sua colocação em risco. Não obstante, mesmo estando sob acolhimento, à criança deve ser protegida ao máximo a convivência comunitária preservando-se as relações sociais com amigos, vizinhos e o ambiente escolar, bem como o acesso a políticas públicas.⁷⁹

Logo após a promulgação do ECA, foi elaborada a Lei nº 8.242/1991 que instituiu o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente para confecção e fiscalização de políticas públicas voltadas à infância em âmbito federal.⁸⁰ Como forma de priorizar o direito a convivência familiar o CONANDA, através de uma investigação multidisciplinar elaborou, em 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária,⁸¹ que atua de forma integrada com representantes dos três poderes, sociedade civil e órgãos internacionais para fomentar direitos já previstos na CF/88 e pelo ECA.

Ao dispor, no art. 19 que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”, o ECA defende a convivência familiar o que acaba englobando a convivência familiar das crianças e adolescentes

⁷⁷ SIQUEIRA, Aline Cardoso. A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco. **Estudos de Psicologia**. Campinas, vol.29, n.3, jul./set., 2012, p. 439. Disponível em:<www.redalyc.org/articulo.oa?id=395335570013>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷⁸ Ibidem, loc. cit.

⁷⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 118.

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 8.242/1991** de 12 de outubro de 1991. Brasília. 12 out. 1991. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

⁸¹ OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. **O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito**. Censo da população infantojuvenil acolhida no estado do Rio de Janeiro. Disponível em:<mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/09_direito.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

que tem seus responsáveis privados de liberdade, permitindo que seja possível a convivência através de visitas periódicas independentemente de autorização judicial.⁸²

Em 2014 o Estatuto da Criança e do Adolescente foi modificado para tratar especificamente sobre o direito de convivência da criança com os genitores em situação de privação de liberdade sem a necessidade de autorização judicial.⁸³ Nesse diapasão, também foi alterado o artigo 318 do Código de Processo Penal para prever hipóteses de concessão de prisão domiciliar para aquele que possui filhos de até 12 anos de idade.⁸⁴

Ao falar com convivência familiar, faz-se necessário esclarecer alguns tópicos sobre o conceito de família, suas alterações e a repercussão direta que possui na lei estatutária.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a família tem uma concepção múltipla, podendo ser formada por um ou mais indivíduos ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos com a intenção de estabelecer o desenvolvimento da personalidade de cada um.⁸⁵ Nessa linha dispõe a Lei 8.069/90 ao incluir no entendimento de família as relações consanguíneas e também as afetivas.

O ECA entende por família natural o núcleo composto pelos pais, ainda que apenas um deles, bem como seus descendentes; dentro desse conceito é incluída a família extensa que é composta por parentes próximos da criança considerando a afetividade entre eles. E, excepcionalmente, também é trazida a figura da família substituta como aquela que se verifica nos casos de tutela, adoção ou guarda.⁸⁶

Importa para o legislador que a criança e o adolescente cresçam em um núcleo familiar, para tanto, a lei dá preferência ao convívio familiar de fora

⁸² DUPRET, Cristiane. 3 ed. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Letramento, 2015, p. 66-67.

⁸³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119.

⁸⁴ Ibidem, loc. cit.

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 7 ed. **Curso de direito das famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, v.6, p. 9.

⁸⁶ DUPRET, Cristiane. op. cit., p. 69-68.

gradativa:⁸⁷ primeiro a família de origem, onde a criança possui laços biológicos, estendendo-se, posteriormente, para alcançar outros familiares para além de seus ascendentes quando necessário, e, excepcionalmente, haverá a ruptura da convivência com esse núcleo familiar de origem, podendo ser utilizado um núcleo familiar substituto quando da ocorrência das situações de risco elencadas no art. 98 do Estatuto, quais sejam, a ação ou omissão da sociedade e do Estado; falta, omissão e abuso dos pais; e em razão da conduta da própria criança ou adolescente.

A família substituta pode ser constituída através da guarda, tutela ou adoção. Em relação à guarda, não há a perda do poder familiar pelos pais ou responsáveis, apenas há sua transferência para um terceiro, parente ou não, que será o novo responsável pelos cuidados e assistência dispendidos à criança.⁸⁸ Por sua vez, a tutela pressupõe a morte dos pais, sua ausência, perda ou suspensão do poder familiar. Diferentemente do guardião, o tutor tem poderes amplos de representação e assistência do tutelado, não configurando, entretanto, vínculo familiar. Finalmente, a adoção é a colocação definitiva em família substituta gerando a perda do poder familiar e a criação de novos vínculos familiares.

Além da família substituta, o próprio texto legal traz outras medidas que visam a proteção da convivência familiar, como o acolhimento institucional já mencionado anteriormente. Considerando que nem sempre é imediata a inserção da criança numa nova família, ainda que temporariamente, o acolhimento vai funcionar como medida de transição para a sua introdução em um novo núcleo familiar substituto ou mesmo para a reintegração em sua família biológica.⁸⁹

Para tanto, existem regras estabelecidas pelo próprio Estatuto, como a necessidade de oitiva da criança e do adolescente, sempre que possível, como forma de respeito ao direito de opinião e de expressão; em relação aos maiores de 12 anos é imprescindível que haja oitiva a respeito de migrar para uma família substituta, o que deverá ser considerado pelo juiz.⁹⁰

⁸⁷ ELIAS, Roberto João. 3.ed. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

⁸⁸ DUPRET, Cristiane. 3.ed. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Letramento, 2015, p. 79-80.

⁸⁹ Ibidem, p. 75.

⁹⁰ Ibidem, p. 76.

Por outro lado, pode ocorrer a quebra do convívio com a família em razão da suspensão ou perda do poder familiar.

Observa-se, então, que a doutrina de proteção da criança e do adolescente que engloba o direito de convivência não traz nenhum tipo de distinção entre os membros da família ou instituições sociais, ou seja, há, teoricamente, isonomia dentro do conceito de convivência familiar. Assim, depreende-se que no contexto familiar compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar, que não necessariamente será exercido se o genitor residir sobre o mesmo teto que seu filho, já que a guarda da criança não se confunde com o direito a convivência.⁹¹

Uma vez rompida a convivência familiar, cabe ao Estado promover a ressocialização da criança em um novo núcleo familiar ou até mesmo em outra comunidade.

3.1 PRINCÍPIOS

O Direito de família sofreu grandes alterações com o passar dos anos no Brasil em razão de sua historicidade. Em razão disso muito se discutiu sobre os diversos princípios aplicáveis ao Direito de Família, até que se tornasse em Direito das Famílias.

Com a promulgação da CF/1988 os princípios de direito das famílias foram remodelados para alcançar as mudanças sociais compreendidas, principalmente, a partir da adoção expressa do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico, que é o princípio-base do Estado Democrático de Direito. A discussão sobre dignidade humana é indissociável dos parâmetros discutidos em direito das famílias, pois dela decorrem todos os outros princípios que norteiam as relações familiares.⁹²

O texto constitucional, no art. 226, § 7º, deu ênfase à família como forma de garantir a dignidade da pessoa humana⁹³, determinando a liberdade na

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. 4. ed. **Manual de direito das famílias**. (e-book) rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 881.

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: **V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, out. 2005. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/40.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁹³ Idem. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113.

definição do planejamento familiar. Assim, o legislador constituinte expressamente resguardou às estruturas familiares a preservação da dignidade de seus integrantes, o que é reforçado no dispositivo seguinte, ao determinar como dever da família a garantia da dignidade das crianças e adolescentes.

De acordo com Carmen Lúcia Antunes Rocha “dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana [...] e não apenas é um princípio fundamental, é um valor fundante das organizações sociais. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana vai além de um princípio instituído pelo texto constitucional, é inerente à condição humana e premissa para a existência do próprio Estado Democrático de Direito.”⁹⁴

Construiu-se, então, um novo paradigma centrado na dignidade da pessoa humana, o que permitiu a abertura de espaço para novas discussões como a construção da família pautada em vínculos afetivos e não apenas os vínculos exclusivamente sanguíneos, a diversidade e a solidariedade familiar.⁹⁵ Tudo isso influenciou para que a família deixasse de ser protegida como uma instituição para ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram.⁹⁶

Entretanto, os princípios não foram restritos ao texto constitucional; também estão refletidos nas leis infraconstitucionais, como o ECA e o Código Civil. Justamente guiado pela noção de dignidade humana presente em todo o ordenamento jurídico, surgiu o ECA com princípios próprios aplicados às relações compostas por crianças e adolescentes, também sujeitas aos princípios gerais aplicáveis a todas as áreas jurídicas, como o princípio da igualdade; e princípios tipicamente aplicados ao direito das famílias, mas que possuem vínculo com questões atinentes à infância e juventude, como o já mencionado princípio da dignidade humana, solidariedade familiar, melhor interesse da criança, princípio da afetividade e pluralismo familiar.

⁹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. v.2, n.2, 2001, *passim*.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v.5, p. 50.

⁹⁶ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Apud*, *Ibidem*, loc. cit.

3.1.1 Igualdade

Uma das grandes vertentes do princípio da dignidade humana é o princípio da igualdade fomentado em todo o texto constitucional, como no art. 3º, IV da CRFB/88, cujo qual tem objetivo de assegurar a igualdade no sentido de serem vedados preconceitos de qualquer tipo em relação à origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outros fatores. E, dentre as dimensões de aplicação do princípio da igualdade, sobrepõe-se, nesse trabalho, a igualdade de gênero especialmente verificada dentro das organizações familiares e a repercussão que pode assumir em relação à garantia dos direitos da infância e juventude.

Nesse sentido, a igualdade como princípio decorreu do declínio do patriarcalismo e do espaço conquistado por movimentos feministas.⁹⁷ A mulher sai do regime de incapacidade e submissão à figura masculina, e passa a ser titular da mesma autonomia antes monopolizada por homens, e a ocupar lugares sociais de acordo com a redivisão sexual do trabalho.⁹⁸

Assim, com a superação do modelo de família patriarcal e diversos movimentos sociais⁹⁹, as mulheres conquistaram a isonomia de direitos e deveres, sendo destituído o poder de dominação masculino, estando essas conquistas expressas no ordenamento jurídico inaugurado em 1988.

Entretanto, o modelo familiar trazido pelo CRFB/88 impõe aos cidadãos um único modelo de moral familiar, que é o da formação tradicional da família, apesar das inovações na garantia da isonomia de tratamento entre homens e mulheres.

As mudanças sociais e legislativas em prol da afirmação da igualdade entre gêneros, como é sabido, não atingiram sua integralidade tendo em vista a persistência de padrões históricos de superioridade masculina. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira critica o fato de o homem ser o paradigma, o parâmetro de igualdade a ser considerado, enquanto a mulher seria o objeto a ser igualado; o

⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: **V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte, out. 2005. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/40.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

⁹⁸ Idem. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167-168.

⁹⁹ Cf. SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis. v.12. n.2, mai./ago. 2004, p. 35-50. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/339/showToc>. Acesso em: 15 abr. 2019.

que, por si só, já constitui um novo paradoxo que o Direito isoladamente não consegue solucionar.¹⁰⁰

A igualdade, sob a perspectiva formal é sedimentada no art. 5º, caput da CRFB/88, segundo o qual todos são iguais perante a lei. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, tal igualdade não seria apenas aplicada de modo a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas também seria um parâmetro para a edição da própria lei. Dessa forma, a isonomia é um preceito voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador.¹⁰¹

A norma sobre igualdade revela que, diante do ordenamento jurídico, aqueles que se encontrarem sob mesma situação, independentemente do gênero, serão tratados de forma isonômica.

Ainda sob o viés formal do princípio, quando do âmbito das relações familiares, especificamente no art. 5º, I e no art. 226 da CRFB/88 resta consagrado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, que por sua vez possuem os mesmos direitos e obrigações nos termos da lei.¹⁰² Entretanto, a igualdade não se reduz a seu aspecto formal, e a CRFB/88 preocupou-se em garantir também a igualdade substancial.

A igualdade substancial entre homem e mulher garantida constitucionalmente tem por fundamento o tratamento igual ou desigual a depender das circunstâncias fáticas das pessoas envolvidas nas relações jurídicas.¹⁰³ Em face disso, o ordenamento possui normas que visam justamente manter o equilíbrio nas relações jurídicas em razão da natureza desigual de algumas situações; é o caso da Lei Maria da Penha, por exemplo, que confere uma proteção diferenciada às mulheres que vivenciam violência doméstica, tendo em vista o histórico social de abusos cometidos contra o gênero feminino.¹⁰⁴

Na mesma linha está o CPP, que de modo a assegurar a dimensão material do princípio, prevê para mulheres gestantes a possibilidade de prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva; uma previsão necessária e justificada

¹⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op cit., p. 169.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 3.ed. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 9.

¹⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 7.ed. **Curso de direito das famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, v.6, p. 89.

¹⁰³ Ibidem, p. 90.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 95.

em razão de características biológicas inerentes à mulher, razão pela qual há tratamento diferenciado em detrimento dos homens.

Em decorrência da igualdade aplicada às relações familiares, doutrinariamente, é defendido o princípio da igualdade na chefia familiar de acordo com o conceito de família democrática.¹⁰⁵ Por isso, a legislação civil trata dos deveres de assistência mútua nas relações familiares prestados por ambos os cônjuges.¹⁰⁶ Além disso, o Código Civil garante no art. 1.631, a isonomia em relação ao poder familiar,¹⁰⁷ cujo exercício é regulamentado pelo art.1.634¹⁰⁸. Dessa forma, compete igualmente a ambos os genitores os direitos e deveres referentes a seus filhos. Merecem destaque o pluralismo familiar e a afetividade.

3.1.2 Pluralismo familiar

A estrutura familiar constituída por homem, mulher e seus filhos é um fenômeno universal, pois presente em todos os tipos de sociedade apesar das diversas vertentes culturais. Porém, já em 1980, era possível vislumbrar, de forma distante, a existência da sociedade sem o referido modelo de família conjugal.¹⁰⁹

Assim, a compreensão do conceito de família, necessariamente sofreu grandes alterações ao longo dos anos em razão de se adaptar aos novos contextos

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em:<pt.scribd.com/document/67155244/Novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro-Flavio-Tartuce>. Acesso em 14 mar. 2019.

¹⁰⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

III - mútua assistência;

V - respeito e consideração mútuos.

¹⁰⁷ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

¹⁰⁸ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁰⁹ STRAUSS, Levi *apud* KAMERS, Michele. **As Novas Configurações da Família e o Estatuto Simbólico das Funções Parentais**. Estilos da Clínica (USP), v. XI, p. 108-125, 2006, p. 120-121.

sociais. No que tange à legislação brasileira, a primeira Constituição, outorgada por Dom Pedro I em 1824, não versava sobre a família, com exceção da própria família imperial. A referência à família se deu indiretamente através da figura do matrimônio com a Constituição Republicana de 1891.¹¹⁰

A discussão sobre a família, ocorreu, efetivamente, pela primeira na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1934; o texto constitucional continha um capítulo intitulado “Da Família”, entretanto possuía uma abordagem rasa, sem adentrar nas peculiaridades da família como entidade.¹¹¹

Por sua vez, a Constituição de 1937 não trouxe grandes alterações e limitou-se a preservar as disposições do texto anterior. Em 1946, a nova redação constitucional também não modificou de forma significativa as disposições de sua antecessora.¹¹²

Em meio ao regime militar, a Constituição de 1967 permaneceu inerte em relação à tutela das famílias, tendo em vista que o foco estava direcionado para a legitimação do governo autoritarista. Dois anos depois, surgiu o que para alguns se tratava de uma Emenda Constitucional, e para outros, uma nova Constituição em razão da amplitude das mudanças que provocou; assim, a EC n. 01/1969 mais uma vez foi omissa quanto ao conceito constitucional de família e trouxe pequenas alterações quanto a forma, como a possibilidade criação de um projeto de divórcio desde que aprovada por Emenda Constitucional.¹¹³

Assim, até antes da promulgação da CRFB/88 apenas era possível constituir o modelo de família tradicional; ficariam à margem quaisquer outros grupos familiares.¹¹⁴ Finalmente, a CRFB/88, influenciada pelo contexto político, econômico e social do país, foi a primeira a tratar de forma minuciosa sobre a família.

Com a Constituição vigente, foi mantida a proteção restrita à família matrimonial, e mais tarde, com a Emenda Constitucional 60/2010 houve a ampliação expressa dos núcleos familiares constitucionalmente protegidos, incluindo no art. 226 as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

¹¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 197.

¹¹¹ Ibidem, loc. cit.

¹¹² Ibidem, loc. cit.

¹¹³ Ibidem, p. 198.

¹¹⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 145.

Nesse momento foi rompida a premissa de que o casamento era o único instituto formador e legitimador da família brasileira e do modelo de família hierarquizada pelo patriarcado e necessariamente heterossexual.¹¹⁵

Entretanto, pode-se entender que a evolução no conceito de pluralidade familiar tem origem na interpretação dos “lugares” masculino e feminino, para depois então ser possível a discussão sobre diversidade familiar. Não havia, na sociedade pré-1988 espaço para discutir as diferentes estruturas familiares, pois, os papéis assumidos eram rigorosamente definidos de acordo com a diferença dos sexos.

A reestruturação no papel feminino de submissão foi resultado de um conjunto de fatores, como sua inserção no mercado profissional, alterando substancialmente o padrão de funcionamento familiar.¹¹⁶ A representação da mulher deixou de ser diretamente associada à maternidade, ao casamento e à procriação, assim como a figura masculina deixou de ser relacionada estritamente à atividades laborais para subsistência familiar tendo em vista a existência de grupamentos familiares que dispensam sua presença como elemento de coesão.

Antes da inauguração do ordenamento jurídico vigente, o modelo de família tradicional era sinônimo de família estruturada. Ocorre que os demais modelos de famílias sempre existiram, porém não eram vistos como adequados, ou estruturados. Somente com a reinterpretção dos “papéis sociais” é possível colocar num mesmo patamar todas as formas de famílias, que não mais estão restritas a uma organização específica.

Porém, mesmo após a CRFB/88 havia um abismo entre os três núcleos familiares reconhecidos constitucionalmente e a diversidade dos grupos familiares existentes; o reconhecimento dessa diversidade ficou, então, a cargo do ativismo judicial, como o posicionamento do STF no julgamento da ADI nº 4.277/DF no sentido de reconhecer que as uniões entre homossexuais deveriam ser reconhecidas como organização familiar, de modo a receber do Estado a mesma

¹¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 198.

¹¹⁶ SIMÕES, Fatima Itsue Watanabe; HASHIMOTO, Francisco. Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. **Revista Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas. Minas Gerais, n.2, ano I, out. 2012, p.6. Disponível em: <site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

proteção destinada às uniões heterossexuais. No mesmo sentido foi julgada a ADPF 132, para reconhecer como entidade familiar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero.

De acordo com Lacan, a família seria uma instituição social de estrutura complexa, que não pode ser reduzida a um fato biológico e nem a um elemento teórico da sociedade. A família, independente de sua configuração fenomenológica, seria a matriz fundamental à constituição do sujeito.¹¹⁷

Apesar de o texto constitucional dispor de forma restrita de apenas três formas de constituição de família, ela trouxe consigo uma gama de princípios norteadores do sistema jurídico, como o supramencionado princípio da dignidade humana, segundo o qual se pode extrair a compatibilidade do texto constitucional com os diversos tipos de famílias que destoam do modelo tradicional.

Logo, a concepção engessada de família tradicional pautada apenas no matrimônio e laços biológicos, na qual a mulher era a única responsável por manter coeso o núcleo familiar, resta afastada diante das novas dinâmicas sociais.

Assim, são múltiplas as formas de constituição de uma família na sociedade atual; além das famílias formadas por união estável e as monoparentais, tem-se também os núcleos socioafetivos, homoafetivos, famílias reconstituídas, anaparentais e pluriparentais; todas legitimadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A unidade familiar monoparental, como já exposto, foi acolhida pelo legislador constitucional e consiste na família formada por qualquer dos pais com seus filhos; já as famílias socioafetivas, como o próprio nome sugere, são aquelas formadas com base no afeto e não nos laços sanguíneos; as famílias homoafetivas são aquelas constituídas por casais do mesmo gênero; e as famílias reconstituídas, finalmente, são aquelas em que se tem uma nova união formada após o divórcio.¹¹⁸

A família anaparental também é constituída com base no afeto, porém sem a presença de uma figura materna ou paterna. Por seu turno, os núcleos

¹¹⁷ LACAN, Jacques *apud* KAMERS, Michele. **As Novas Configurações da Família e o Estatuto Simbólico das Funções Parentais**. *Estilos da Clínica* (USP), v. XI, p. 108-125, 2006, p. 115.

¹¹⁸ CHRISTIANO, Renata Martins; NUNES, Nilza Rogéria de Andrade. Família na Contemporaneidade: os desafios para o trabalho do serviço social. **Revista Em Debate**. Rio de Janeiro, v. 11, 2013.2, *passim*.

familiares pluriparentais são aqueles compostos por parentes colaterais, como tios, sobrinhos e irmãos.¹¹⁹

Diante dessas mudanças, com a formação de outros arranjos entre seus membros, 7a família se tornou um “lugar de poder descentralizado e de múltiplas aparências”;¹²⁰ o poder familiar deixou de pertencer ao homem exclusivamente, bem como as funções domésticas e ligadas a prole deixaram de ser exclusivamente da mulher.

A sociedade atual é marcada pela dinamização dos núcleos familiares, com bases democráticas e igualitárias, nas quais os direitos de ambos os gêneros são equiparados e os papéis que ocupam são, ou devem ser equivalentes. O que caracteriza a família pós-moderna é a inexistência de um modelo dominante, seja no que diz respeito às práticas, seja enquanto um discurso normatizador das práticas¹²¹. E, é função do legislador acompanhar essas mudanças de entendimento para que a legislação tenha legitimidade social.

3.1.3 Afetividade

O século XX foi um marco para a mudança de paradigmas da família como entidade. Foi-se perdendo as características rígidas, patrimoniais, hierárquicas e patriarcais, para dar espaço ao afeto.¹²²

Novamente o movimento feminista foi essencial, trazendo implicações também em relação à afetividade como princípio. Com o feminismo as mulheres deixaram de ser submetidas a uma relação de poder masculino e com isso o casamento deixou de ser sustentado pelos interesses anteriormente defendidos, para ser também constituído com base no afeto. A mudança na concepção do casamento como sendo fundamental à existência da família fez com que a própria

¹¹⁹ Cf. DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em:<mariaberenedias.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf> Acesso em: 21 abr. 2019.

¹²⁰ ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 155.

¹²¹ VAITSMAN, Jeni. *apud* HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**. v.3, 2001, p. 15. Disponível em:<www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos,_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

¹²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.217.

concepção de família perdesse sua preponderância como instituição para ser o núcleo responsável pela formação e desenvolvimento do ser humano.¹²³

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira¹²⁴ a ausência do afeto acarretaria na dita “família desestruturada”, o que se pode entender como uma inversão de valores, já que anteriormente a estruturação da família advinha do modelo conjugal.

O princípio da afetividade, segundo Rolf Madaleno, é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais e, além disso, dariam sentido à própria dignidade humana.¹²⁵ Ressalva, ainda, que não há hierarquia entre os laços construídos com base no afeto e os laços biológicos, pois a afetividade seria uma expressão do princípio da liberdade de todos os sujeitos de afeiçoar-se um ao outro e eleger quem irá compor suas relações de convivência.¹²⁶

Concorda Flávio Tartuce ao afirmar que o afeto é, atualmente, o principal fundamento de direito das famílias, mesmo não estando expressamente disposto no texto constitucional.¹²⁷ Maria Berenice Dias, por sua vez avoca o termo *affectio societatis*, utilizado em direito empresarial, para aplicá-lo em direito das famílias, uma vez que seria uma forma de expor a ideia de afeição entre pessoas para formar uma nova sociedade, que seria a família.¹²⁸

A importância do afeto nas relações humanas também pode ser acompanhada conforme o próprio ordenamento jurídico; é o caso da igualdade de filiação, estabelecida pelo Código Civil no art. 1.596, da filiação socioafetiva e daquela oriunda da adoção.¹²⁹

Já em 1979, antes mesmo da promulgação da CRFB/88, João Baptista Villela defendia o princípio da afetividade através da dita “desbiologização da paternidade”. Segundo o autor, o afeto seria uma nova forma de parentalidade; a paternidade, em si, seria um fator cultural e não apenas de direito, pois a relação civil de filiação poderia ensejar a responsabilidade civil, mas a paternidade somente

¹²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.218.

¹²⁴ Ibidem, loc. cit.

¹²⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 145.

¹²⁶ Ibidem, loc. cit.

¹²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5, p. 28.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. 4. ed. **Manual de direito das famílias**. (e-book) rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

¹²⁹ MADALENO, Rolf. Op. cit, p. 145-146.

poderia derivar da espontaneidade de cada indivíduo. Exemplo disso seria a adoção, que por ter em sua essência a expressão de liberdade do sujeito, seria a “paternidade do futuro”.¹³⁰

O mais importante, é que a inserção do princípio da afetividade não apenas mudou a concepção de família, mas redirecionou o foco da família como instituição para se importar com seus membros. A partir da desinstitucionalização da família a dignidade e felicidade de seus integrantes passaram a ser os novos pilares das novas concepções de família.¹³¹

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, que dele decorre, também fornece bases legitimadoras de todas as formas de famílias.

3.3 PARENTALIDADE EXERCIDA NO CÁRCERE

As transformações pelas quais a parentalidade tem passado abriu espaço para vários estudos, principalmente sobre a maternidade vivenciada de dentro do cárcere, enquanto que a paternidade é raramente discutida, muito menos os impactos causados aos filhos.¹³²

De certo modo os resultados das pesquisas são conflitantes com o número de homens presos comparado ao de mulheres. De acordo com informações do Ministério da Justiça, até 2016 o número de mulheres privadas de liberdade totalizava 42.355¹³³, enquanto que o Departamento de Informações Penitenciárias, no mesmo período, verificou ser a população carcerária masculina exponencialmente maior, totalizando 726.712.¹³⁴

¹³⁰ Cf. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.21, mai. 1979. Disponível em:<www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 22 abr 2019.

¹³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

¹³² CÚNICO, Sabrina Daiana; QUAINI, Rhaíssa Paula; STREY, Marlene Neves. Paternidades encarceradas: revisão sistemática sobre a paternidade no contexto do cárcere. **Psicologia & Sociedade**. Belo Horizonte, 2017, v.29, p. 2. Disponível em:<www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹³³ BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2018. Disponível em:<www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹³⁴ Idem. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Estatística**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2017. Disponível em:<www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2019.

A razão para a paternidade exercida de dentro dos estabelecimentos prisionais ter menor relevância de investigação do que hoje se verifica é justificada por fatores histórico-sociais que resultam no panorama atual.

Compreender a maternidade no contexto do cárcere através da categoria de gênero é assumir uma postura crítica a respeito da visão que idealiza a estrutura conservadora da família.¹³⁵ Usualmente as pesquisas voltadas a explorar a parentalidade exercida de dentro do cárcere é unilateral ao problematizar apenas as transformações vivenciadas na relação entre mãe e filho.

Importa ressaltar a necessidade dessa discussão tendo em vista a notória falha estrutural do sistema penitenciário que carece de condições para fornecer assistência médica especializada à mulher gestante como programas de saúde pré-natal e assistência regular na gestação e no pós-parto para as mulheres gestantes¹³⁶, o que implica em graves violações ao princípio da dignidade humana.; a ausência desse suporte reflete a realidade degradante dos estabelecimentos prisionais.

Entretanto, para além da problemática da situação da mulher gestante que decorre de uma condição biológica indiscutível, verifica-se que não há um tratamento isonômico da parentalidade, ressaltando que o viés adotado deve ser o do melhor interesse e prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Apesar das transformações sociais que implicaram na isonomia de tratamento entre os gêneros, pode-se concluir que persiste a concepção da família tradicional com distinção dos papéis de mãe e de pai dentro do ambiente doméstico e fora dele.¹³⁷

Dessa forma, coexistem valores pós-modernos e tradicionais nas famílias brasileiras de modo que ainda é possível perceber o papel materno vinculado ao cuidado dos filhos e o paterno à função de prover materialmente a

¹³⁵ ARENDELL, Terry *apud* CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim; BARCINSKI, Marina. A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática. **Psicologia Social**. Rio de Janeiro, v.15, n.2, 2015, p. 520. Disponível em:<www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/17656>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹³⁶ BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2018. Disponível em:<www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹³⁷ NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre, v.18, n.1, jan./abr. 2006, p. 53. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

família, pouco vinculado ao afeto. Assim, a maternidade permanece, em certa medida, como mecanismo de controle social, o que é mais claramente enxergado dentro do cárcere; e assim, é dispersa à atenção que deveria ser voltada aos cuidados com a infância e juventude.

Apesar de o direito à convivência familiar da criança e do adolescente ser prevista de forma isonômica constitucionalmente, é de se notar uma maior vulnerabilidade da parentalidade feminina exercida dentro do cárcere em contraste com a parentalidade vivenciada pelos homens. Ocorre que essa análise é feita usualmente sob a perspectiva dos genitores e não da criança e do adolescente, quando, em verdade, o ordenamento jurídico lhes confere prioridade absoluta em razão da preservação de seus interesses.

Sobre isso, existem pesquisas no Brasil que demonstram os diversos impactos da prisão da mãe e do pai na vida dos filhos; para além dos estigmas sociais de ter um dos genitores sob a tutela do Estado, há ainda problemas em relação à realização das visitas nos estabelecimentos prisionais, que ocorre, muitas vezes, de forma degradante.¹³⁸

Nesse sentido, o CNJ, com base no art. 226, §7º da CRFB/88, estimulou o direito à paternidade, ao promover o Projeto Pai Presente; assim, é incentivada a declaração de paternidade de pessoas sem esse registro, o que confirma, mais uma vez, o histórico social de ausência da figura paterna, seja em relação ao afeto, seja em relação ao próprio reconhecimento de filiação.

¹³⁸ ORMEÑO, Gabriela Reyes; MAIA, Joviane Marcondelli Dias; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti Albuquerque. Crianças com pais ou mães encarcerados: uma revisão da literatura. **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente**. Lisboa, v.4.n.2, 2013, p. 148-149.

4 MEDIDAS CAUTELARES

A tutela cautelar, segundo Luiz Guilherme Marinoni, tem o objetivo de assegurar o direito material. Assim, o Estado teria o dever de assegurar à parte o direito à tutela do direito submetido a um perigo de dano.¹³⁹

Entretanto, segundo Aury Lopes Junior é preciso atentar ao fato de que os institutos de direito civil não podem ser aplicados plenamente ao processo penal, que possui necessidades próprias. As medidas cautelares, em processo penal, são, portanto, instrumentos a serviço do processo para a tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva.¹⁴⁰

O fundamento e garantia da tutela cautelar estão amparados no texto Constitucional, o qual prevê no art. 5º, XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando, nesse dispositivo, a inafastabilidade da jurisdição, que, no entanto, não se restringe a situações jurídicas que envolvem a proteção de direitos individuais, abrangendo também as medidas cautelares.¹⁴¹

As medidas cautelares extraem sua validade do próprio texto constitucional e têm lugar quando a eficácia de uma futura decisão judicial possa vir a ser prejudicada com o seu retardamento.¹⁴² Assim, a medida cautelar, em razão do risco de ser diminuída ou anulada pelo perigo da demora, antecipa os efeitos da decisão principal para assegurar a eficácia desta.¹⁴³

Então, toda e qualquer providência cautelar tem como requisitos gerais o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* com a autorização do art. 5º, XXXV da Constituição.¹⁴⁴ Observe-se, ainda, que o a tutela cautelar consagrada pelo texto constitucional se encontra no Título II, o que significa que as cautelares integram

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 5 ed. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. 2013, v.4, p. 20-23.

¹⁴⁰ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 584.

¹⁴¹ POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25-26.

¹⁴² Ibidem. p. 27.

¹⁴³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v.4, p.19-20.

¹⁴⁴ ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.6, n.22, 2013, p.278. Disponível em:<www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf>. Acesso em 12 mai. 2019.

não apenas uma das atribuições do Poder Judiciário, e sim um direito e garantia fundamental.¹⁴⁵

Portanto, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são elementos comuns ao processo civil e ao processo penal, quando da concessão da tutela cautelar. A probabilidade do direito ou *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), consiste na verificação de plausibilidade de existência do direito em torno dos fatos trazidos pelo autor da ação.¹⁴⁶

Já o *periculum in mora* ou perigo da demora, é o perigo que a demora processual representa de dano ou risco de dano ao resultado útil do processo, conforme disposto no art. 300 do CPC. O perigo de dano deve ser concreto, atual e grave, ou seja, não pode ser pautado no mero temor subjetivo da parte, deve estar prestes a ocorrer e representar intensidade suficiente para prejudicar o direito em questão.¹⁴⁷

No entanto, para Aury Lopes Junior, no processo penal, não haveria que se falar em *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, em razão de serem estes termos pertencentes ao processo civil e sua utilização literal no processo penal seria, então, inadequada, já que não seria possível afirmar a existência da fumaça do bom direito do delito, sendo este seu oposto; ou ainda, não haveria a probabilidade do direito de acusação, mas sim de um fato aparentemente punível.¹⁴⁸

O termo adequado, segundo o autor, seria o *fumus commissi delicti*, ao invés de *fumus boni iuris*, uma vez que se trata da probabilidade de ocorrência de um delito e não de um direito. E, no lugar de *periculum in mora*, o mais adequado seria *periculum in libertatis*, pois, diferentemente do que se analisa nas cautelares em processo civil, o fator determinante em processo penal não seria o tempo, mas o perigo criado pela conduta do autor do fato; tem-se, então, o risco de frustração da pretensão punitiva causado pela situação de liberdade do imputado e não um risco decorrente do lapso temporal.¹⁴⁹

Além disso, existem outras características aplicadas às medidas cautelares na fase de inquérito ou em sede judicial como a provisoriedade. Toda

¹⁴⁵ POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

¹⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v.4, p.15.

¹⁴⁷ JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 14 ed. **Curso de Direito Processual Civil**. 2019, v.2, p. 723.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 583.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 584.

medida cautelar é decretada com intuito de assegurar uma providência útil, de modo que está vinculada ao período em que se faz necessária sua imposição. Aliada à provisoriedade está a revogabilidade, estabelecendo que quando não mais for necessária a medida cautelar no caso concreto, ela será revogada.¹⁵⁰

Além disso, também se aplica às cautelares a substitutividade, ou seja, o juiz poderá de ofício ou a requerimento das partes, substituir uma medida cautelar por outra, isolada ou cumulativamente, quando verificada a inadequação da medida imposta. Por fim, há também a excepcionalidade em razão do princípio da não culpabilidade e a imposição de medida que possa configurar uma antecipação da pena seria contra este princípio. Assim, qualquer medida restritiva de garantias e liberdades seja durante o inquérito ou em fase judicial, deve ter natureza excepcional.¹⁵¹

Doutrinariamente é possível encontrar, ainda, como característica a referibilidade que indica que a medida cautelar pressupõe uma situação concreta de risco que precisa ser afastada imediatamente sob pena de comprometer a eficácia do processo penal; desse modo, haverá sempre uma referência entre a medida imposta e o objeto tutelado, que é o próprio processo.¹⁵²

Importa também salientar a diferenciação entre as ações cautelares e as medidas cautelares, de que tratam este trabalho. As ações cautelares tratam-se de um processo de conhecimento com o objetivo de assegurar e garantir a futura efetividade da tutela num processo de conhecimento comum; ou seja, é um processo de conhecimento que tem sua razão de ser pautada na possível demora na prestação judicial.¹⁵³

Desse modo, tem-se que o processo cautelar tem como cerne a prevenção como forma de evitar que o decurso do tempo prejudique ou inutilize decisão judicial futura.

Entretanto, segundo Aury Lopes Júnior, o CPP não contemplou a ação cautelar, já que no processo penal não há um processo cautelar. O processo penal comporta apenas ações cognitivas e executivas, não havendo que se falar em

¹⁵⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, 20-21.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 22-23.

¹⁵² ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018, p.644.

¹⁵³ POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54-55.

instauração de outra ação penal cujo objeto seja uma tutela cautelar, pois estas ocorrem de forma incidental na ação penal principal.¹⁵⁴

Ainda de acordo com Ary Lopes Júnior, inexistente em processo penal, o poder geral de cautela que se aplica em processo civil, permitindo que o magistrado adote medidas acautelatórias atípicas para eliminar o perigo preventivamente. Em processo penal, verifica-se a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares atípicas; ou seja, deve haver estrita observância ao princípio da legalidade.¹⁵⁵

Assim, verificados os requisitos supramencionados, poderá a medida cautelar ser requerida nas fases investigativa e judicial do processo, sendo que quando da fase investigativa, poderá ser requerida pelo Ministério Público ou pela autoridade policial. Em sede judicial, poderá a legitimidade ativa ser do Ministério Público (na ação penal pública), do querelante (na ação penal privada) e também do assistente de acusação.¹⁵⁶

Há, contudo, discussão acerca da autorização legal concedida às autoridades policiais para requerer aplicação de medida cautelar, uma vez que são autoridades administrativas, que para parte da doutrina, não possuiriam legitimidade *ad causam*, já que de acordo com o art. 129, I da CRFB/88, a titularidade privativa da ação penal pública é do Ministério Público.¹⁵⁷

De outro modo, outra parte da doutrina entende que o disposto no art. 129, I da CRFB/88 apesar de determinar a titularidade do Ministério Público em relação às ações públicas, não configura óbice à possibilidade de as autoridades policiais requererem as medidas cautelares. Dessa forma, não haveria impedimento para o legislador conceder legitimidade mesmo a quem não figura como parte no processo, principalmente após a promulgação da Lei 12.403/2011 que reafirmou a legitimidade das autoridades policiais.¹⁵⁸

¹⁵⁴ JUNIOR, Ary Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 585.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 585-586.

¹⁵⁶ SANTOS, Marcos Paulo. **O novo processo penal cautelar**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 39.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

4.1 MEDIDAS CAUTELARES PENAIS

A tutela cautelar em processo penal, como já visto, opera-se por meio de medidas cautelares no bojo de um processo principal, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo. Diferentemente do tratamento dispendido pelo CPC, as medidas cautelares estão previstas no Código de Processo Penal de forma dispersa, sem um rigor sistemático, estando elencadas em capítulos diversos.¹⁵⁹

As medidas cautelares penais também não estão prescritas com exclusividade pelo CPP, podendo ser encontradas em leis extravagantes, como na Lei nº 11.343/2006; no Código de Trânsito; na Lei nº 7.060/89 que versa sobre prisão temporária; na Lei 9.292/96 que trata sobre interceptação telefônica, dentre outras¹⁶⁰.

Dentre as medidas cautelares penais típicas estão as cautelares probatórias, reais ou assecuratórias, pessoais e as medidas cautelares diversas das pessoais. As medidas cautelares relativas à prova se perfazem em busca e apreensão e produção antecipada de prova.

Quanto à busca e apreensão, vale salientar que apesar de estar classificada no título VII do CPP como meio de prova, em verdade possui natureza cautelar com intuito de obter uma prova para o processo, evitando assim, seu perecimento.¹⁶¹ Essa medida cautelar visa a coleta de provas previstas no art. 240 do CPP e também outros elementos de convicção sobre uma conduta delituosa.

A busca e apreensão também não se esgota como medida cautelar, uma vez que dependerá de sua finalidade. É possível que seja determinada em relação à uma pessoa como meio de efetivar sua prisão definitiva; logo estará ausente a cautelaridade da medida. Entretanto, se a busca e apreensão de pessoa for autorizada judicialmente para fins de cumprir prisão preventiva, a medida terá natureza cautelar.¹⁶²

¹⁵⁹ ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.6, n.22, 2013, p.281. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf>. Acesso em 12 mai. 2019.

¹⁶⁰ POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

¹⁶¹ Ibidem, p. 103.

¹⁶² Ibidem, p. 104.

Já a produção antecipada de prova testemunhal cautelar, está prevista no art. 225 do CPP, que dispõe que se a testemunha tiver que se ausentar, ou por doença ou velhice, não mais exista ao tempo da instrução, poderá o juiz *ex officio*, ou por meio do requerimento das partes, antecipar seu depoimento.¹⁶³

As medidas cautelares reais, também conhecidas como patrimoniais englobam a restituição de coisa apreendida e as chamadas medidas assecuratórias. Quanto a restituição de coisa apreendida, entende-se que não possui natureza cautelar; trata-se, em verdade de uma contracautela, pois é procedimento incidental que objetiva reaver objetos eventualmente apreendidos na fase inquisitorial.¹⁶⁴

Nesse sentido, quando a parte ou um terceiro requer a devolução de objeto apreendido – seja por que não há mais interesse pelo o processo, seja por que a finalidade já foi alcançada -, não se verifica a finalidade em assegurar o resultado útil do processo penal¹⁶⁵, ou seja, não há a intenção de impedir a frustração da pretensão punitiva do Estado; estaria ausente o pressuposto da instrumentalidade, já que a restituição em si não serviria para garantir a utilidade da decisão condenatória,¹⁶⁶ bem como o pressuposto da provisoriedade, uma vez que a restituição é definitiva.¹⁶⁷

Por sua vez, as medidas assecuratórias importam para a garantia futura do interesse econômico da vítima, buscando bens e patrimônio para eventual ação civil *ex delicti* buscando impedir o proveito para o autor do fato e ressarcir o Estado no que concerne ao pagamento de pena pecuniária e custas processuais.¹⁶⁸ As medidas cautelares assecuratórias consistem em sequestro de bens móveis e imóveis, hipoteca legal e arresto de bens móveis.

O sequestro de bens previsto nos artigos 125 a 133 do CPP, e conforme o texto legal é cabível o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro. Cumpre então destacar que o sequestro é voltado para bens de origem

¹⁶³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

¹⁶⁴ POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 130-131.

¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.59, mar./abr. 2006, p. 273-274.

¹⁶⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁶⁷ POLASTRI, Marcellus. Op. cit., p. 130-132.

¹⁶⁸ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 705.

ilícita, adquiridos com recursos decorrentes da prática delituosa, aplicando-se tanto a bens móveis como imóveis; o sequestro, portanto, não alcança bens lícitos do imputado.¹⁶⁹

O sequestro pode ser decretado de ofício, por requerimento do Ministério Público, pelo ofendido ou pela autoridade policial.

Quanto à hipoteca legal, tem previsão no art. 134 do CPP e recai sobre bens imóveis obtidos de forma lícita, alheios ao crime imputado ao acusado. Por meio dessa medida cautelar, se pretende assegurar os interesses patrimoniais da vítima para o caso de eventual condenação, bem como a eficácia de futura ação civil *ex delicti*.¹⁷⁰ Importa salientar que a hipoteca legal poderá ser requerida mesmo que o crime imputado ao acusado não implique em ganhos patrimoniais, podendo ser postulada pelo ofendido através da figura do assistente da acusação ou, excepcionalmente pelo Ministério Público quando houver interesse da Fazenda Pública ou quando o ofendido for pobre e requerer a intervenção da instituição.¹⁷¹

Já o arresto de bens móveis é cabível em razão da inexistência de bens imóveis do imputado, ou se tiverem valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis, nos termos do art. 137 do CPP.¹⁷² Atente-se ao fato de que o arresto pressupõe a licitude do patrimônio objeto da medida assecuratória; e aplicam-se a esta medida as mesmas regras atinentes à hipoteca legal.¹⁷³

Apesar de defender que os termos corretos a serem utilizados em medidas cautelares penais sejam o *periculum in libertatis* e o *fumus comissi delicti*, Aury Lopes Júnior entende que quando se trata de medidas cautelares assecuratórias, cujo objeto é patrimonial, o perigo envolvido seria melhor representado pelo termo utilizado em processo civil, qual seja, o *periculum in mora*.

Ademais, existem as medidas cautelares pessoais sendo aquelas que incidem sobre a pessoa do investigado. Dentre elas estão as prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 modificou dispositivos relacionados à prisão processual, fiança e liberdade provisória. Até a promulgação da referida lei, não havia, no processo penal

¹⁶⁹ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 707-708.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 714-715.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 716.

¹⁷² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

¹⁷³ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. op. cit., p. 717.

brasileiro, sistematização das medidas cautelares, que estavam dispersas no CPP. No entanto, a nova legislação não remediou a falta de sistematização das medidas dispersas no CPP, mas inovou reunindo em um capítulo as medidas cautelares pessoais diversas da prisão.¹⁷⁴

As alterações promovidas pela Lei 12.403/2011, entretanto, não configuraram inovação quanto as medidas regulamentadas, tendo em vista que já havia previsão de algumas cautelares na Lei 9.099/1995 e na Lei de Execuções Penais, como o comparecimento periódico em juízo, proibição de ausentar-se da comarca, proibição de frequentar determinados lugares, obrigação de não mudar-se para fora da comarca do Juízo de Execução, dentre outras medidas.¹⁷⁵

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319 do CPP, que assim dispõe:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

¹⁷⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 108-109.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 109.

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).¹⁷⁶

A primeira medida trazida pelo art. 319 é o comparecimento periódico em juízo. Entretanto, o dispositivo não especifica o grau de periodicidade, se será semanal, mensal ou bimestral, ficando este critério em aberto, para determinação do magistrado. A doutrina faz crítica a essa medida por ser ineficiente, já que o mero comparecimento do acusado ao cartório não causa nenhum tipo de motivação ou sequer traz ensinamentos para o acusado; ou seja, não há nenhum impacto social positivo na aplicação dessa medida.¹⁷⁷

Em seguida, tem-se a proibição de frequentar determinados lugares, que é regulamentada de forma mais minuciosa na Lei Maria da Penha, com o objetivo de preservar a integridade física e psicológica da mulher.¹⁷⁸ De outro modo, a mesma medida regulamentada pelo CPP admite sua aplicação para evitar que o acusado reitere a infração.¹⁷⁹ A Lei 9.099/95 já previa essa medida como condição para a suspensão do processo; assim, o acusado assumia o compromisso de não frequentar determinados lugares por determinado período, sob pena de se dar continuidade ao processo.¹⁸⁰

Porém, recai também sobre essa medida uma crítica acerca de sua eficiência, principalmente no que tange à fiscalização – ou ausência de fiscalização – de cumprimento da medida. Hoje, com o monitoramento eletrônico, é possível que haja uma fiscalização efetiva.¹⁸¹ Além disso, na prática, nem sempre o local de acesso proibido ao acusado possui relação com a infração cometida, tornando inócua sua aplicação. Outra alternativa apontada pela doutrina é a criação de um banco de dados onde constem informações sobre os acusados e quais lugares estão proibidos de frequentar, viabilizando mais uma forma de fiscalização.¹⁸²

¹⁷⁶ BRASIL, **Lei n. 12.403/2011**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 mai. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em 18 mai. 2019.

¹⁷⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 119.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 120.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 121.

¹⁸⁰ Ibidem, loc. cit.

¹⁸¹ Ibidem, p. 122.

¹⁸² Ibidem, loc. cit.

Em seguida há a proibição de ausentar-se da comarca ou do país, implicando em restrição de locomoção do acusado a fim de garantir a sua presença durante a instrução e para os atos processuais. Com o intuito de dar efetividade à medida, a própria lei determina que sejam notificadas as autoridades responsáveis por fiscalizar as saídas do país e isso se dá por meio do Sistema Nacional de Procurados e Impedidos.¹⁸³

Quanto a proibição de manter contato com pessoa determinada, no Brasil, já havia essa determinação no âmbito da Lei Maria da Penha que dispõe no art. 22 ser vedado o contato entre o acusado, a vítima e seus familiares.¹⁸⁴ Essa medida proíbe o réu de voluntariamente ir ao encontro da vítima, não havendo que se falar em conversão da medida cautelar em prisão preventiva se o encontro ocorrer de forma involuntária, sendo necessário analisar o caso concreto.¹⁸⁵

Tem-se, ainda, a fiança que ganhou nova regulamentação com a Lei 12.403/2011. Conforme determinação constitucional, não cabe fiança para crimes de racismo, crimes hediondos, drogas, dentre outros, mas pode ser aplicada a liberdade provisória. De outro modo, é concedida a fiança para crimes de menor ofensividade. Verifica-se então uma desproporcionalidade no ordenamento jurídico ao permitir que para crimes infiançáveis seja cabível liberdade provisória sem fiança, enquanto que para delitos de menor ofensividade a fiança é o único meio de o acusado responder ao processo em liberdade.¹⁸⁶

A medida cautelar de fiança é a única que pode também ser fixada pela autoridade policial, caso a pena cominada seja ou não superior a quatro anos. Já as demais medidas apenas poderão ser aplicadas pelo juiz criminal.¹⁸⁷

Também está no rol do art. 319 do CPP a suspensão de atividade econômica ou do exercício de função pública quando houver justo receio de sua utilização para a prática de delitos. Segundo Guilherme de Souza Nucci, tal medida pode ser aplicada para crimes contra a administração pública, assim como para

¹⁸³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 124.

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei 11.340/2006**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

¹⁸⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Op. cit. loc. cit.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 125.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 126.

crimes econômicos e financeiros. Nesses casos, a suspensão da atividade se justifica para evitar que o réu persista na prática de negócios ilegais.

O livre exercício de atividade econômica é direito garantido constitucionalmente no art. 170 da CRFB/88, mas não é absoluto, podendo ser restringido nos casos previstos em lei de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo.¹⁸⁸ A suspensão de atividade econômica ou financeira nos termos no art. 319, VI do CPP se justifica para evitar que o réu persista na prática de negócios ilegais buscando evitar a reiteração delituosa, bem como viabilizar a aplicação da lei penal.¹⁸⁹

Quanto à internação provisória, consiste na aplicação de medida de segurança em caráter antecipado, muito se assemelhando à internação prescrita no art. 149 do CPP, se distinguindo em relação ao momento de aplicação, uma vez que a internação prevista no art. 149 tem lugar quando a inimputabilidade do acusado é superveniente, enquanto que a internação como medida cautelar já pressupõe a inimputabilidade do acusado.¹⁹⁰

Também há previsão para a monitoração eletrônica como medida cautelar, que por sua vez, já possuía previsão no art. 146-B da Lei de Execução Penal em casos de prisão domiciliar e saída temporária no regime semiaberto.¹⁹¹ A vigilância eletrônica tem por finalidade a diminuição do contingente carcerário, pois seria uma medida alternativa ao cumprimento da pena privativa de liberdade; além do que, seria uma forma de redução dos custos do encarceramento.¹⁹²

O CPP contempla, ainda, no art. 320 a previsão da retenção do passaporte do acusado com a finalidade de impedir sua saída do país. Para tanto, devem ser comunicadas as autoridades competentes que fiscalizam as fronteiras do país¹⁹³

¹⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

¹⁹⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 131.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei n. 7.210/1984**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

¹⁹² BURRI, Juliana. O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 100, n.904, fev. 2011, p. 481.

¹⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 88.

Em todo caso, a aplicação das medidas cautelares deve considerar o art. 282 do CPP que traz diretrizes a serem observadas como a necessidade de aplicação da lei para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Nesse sentido deve ser verificado também o nível de coercitividade a medida, aplicando aquela mais adequada ao caso concreto, uma vez que sua aplicação deve estar relacionada à gravidade do crime e considerar as circunstâncias do fato.¹⁹⁴

4.1.1 Prisões cautelares

A partir da Lei 12.403/2011, as medidas cautelares pessoais passaram a contar também com duas espécies de prisão, a cautelar e a domiciliar, mas inicialmente vale ressaltar a existência de divergência doutrinária acerca da nomenclatura, natureza e classificações da prisão. De acordo com Renato Brasileiro existem três espécies de prisão, quais sejam, a prisão extrapenal (prisão civil e prisão militar), penal e a prisão cautelar, tendo esta como subespécies a prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária.¹⁹⁵

De forma breve, a prisão civil consiste na restrição de liberdade com intuito de compelir alguém a cumprir uma obrigação civil; e de acordo com o Pacto São José da Costa Rica, somente é admitida em face do devedor de alimentos.¹⁹⁶ Quanto à prisão militar, está prevista para casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, sendo transgressão toda ação praticada pelo militar que seja contrária a preceitos que constituem o ordenamento jurídico e que ofendem a ética, deveres e obrigações militares ou que afete a honra pessoal.¹⁹⁷

Já a prisão penal é a chamada prisão-pena, pois resulta de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual impõe como pena a privação de liberdade. A prisão penal é aplicada com respeito ao devido processo legal, bem como todas as garantias e direito da pessoa.¹⁹⁸

¹⁹⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 117.

¹⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 58.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 58-59.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 69-70.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 77.

Finalmente, a prisão cautelar objeto de estudo é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para fins de resguardar a eficácia da investigação e da instrução processual.¹⁹⁹ Ademais, é possível que também na fase recursal, em havendo necessidade real, seja decretada a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal.²⁰⁰

Com a Lei 12.403/2011, o ordenamento penal passou a prever a prisão cautelar no art. 283, que pode ocorrer na forma da prisão temporária ou da prisão preventiva.

A prisão cautelar somente pode ser aplicada em *ultima ratio*, ou seja, prevalece sua natureza excepcional, uma vez que importa na restrição da liberdade do sujeito. Nesse sentido dispõe o art. 282, § 6º do CPP, determinando que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.²⁰¹

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, estando prevista no art. 311 do CPP e será aplicada quando presentes os requisitos do art. 312 do mesmo diploma, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal nos casos em que houver indícios de autoria, ou seja, tem a finalidade de resguardar a sociedade ou o próprio processo na qual esteja inserida, somente devendo ser adotada quando a liberdade do agente puser em risco uma futura sentença penal condenatória.²⁰²

Além disso, nos termos do art. 313 do CPP, a prisão preventiva somente é cabível para os crimes dolosos com pena máxima cominada superior a quatro anos. Esse limite máximo foi traçado pelo legislador com o intuito de harmonizar o dispositivo com o art. 44 do CP que trata sobre as penas restritivas de direitos aplicáveis quando a pena privativa de liberdade não excede quatro anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça. Nesse sentido, houve preocupação do legislador com a proporcionalidade, já que nesses casos ainda que

¹⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 77.

²⁰⁰ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 631-632.

²⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²⁰² ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza da prisão preventiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 103, v. 941, mar. 2014, p.192.

o réu venha a ser condenado ao final do processo, ele não será submetido a prisão. Assim, não haveria razoabilidade em decretar a prisão preventiva de alguém que sequer seria preso em caso de condenação.²⁰³

Questiona-se em doutrina a possibilidade de cabimento da prisão preventiva para preservação da ordem pública, já que este é um termo vago; há falta de clareza sobre seu significado.²⁰⁴ Para uma parte da doutrina a ordem pública teria relação com a repercussão do delito na sociedade; critério este que padece de objetividade, visto que a liberdade do sujeito dependeria de um fato alheio ao seu comportamento, bem como à relação processual.²⁰⁵

Outro entendimento considera que a ordem pública é lesionada a partir da magnitude do dano causado pelo delito, o qual também se mostra inadequado, pois a ordem pública não está relacionada a prática do ato, e sim preservar a expectativa da sociedade no processo penal.²⁰⁶

No entanto, as alterações advindas com a promulgação da Lei 12.403/2011, no que tange à prisão preventiva, consistem, basicamente, em modificações acerca de legitimidade e da oportunidade para sua decretação. Dessa forma, o juiz poderá decretar a prisão preventiva de ofício somente durante o curso do processo e não mais na fase investigativa; e passou a ser permitido ao assistente de acusação requerer a sua decretação.²⁰⁷

Guilherme de Souza Nucci entende que em nenhuma hipótese poderia o magistrado decretar a prisão preventiva de ofício, por se tratar de medida gravosa que limita a liberdade do acusado/indiciado e, portanto, somente deveria ser decretada por requerimento do interessado, sendo este o Ministério Público, o querelante ou assistente de acusação.²⁰⁸

No mesmo sentido está Aury Lopes Júnior, que entende que a Lei 12.403/2011, nesse aspecto, não representou grande avanço, porquanto manteve autorização para que o magistrado, *ex officio*, possa decretar a prisão preventiva. Tal

²⁰³ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 641.

²⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista eletrônica de Direito Penal**. v.1, ano 1, n.1, jun. 2013, p. 267.

²⁰⁵ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 267-268.

²⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 62.

permissão legal, segundo o autor, consistiria num resquício do sistema inquisitório no qual o juiz figurava como ator processual.²⁰⁹

No que tange à prisão temporária, não foi diretamente alcançada pela Lei 12.403/2011, até mesmo por possuir regramento próprio disposto na Lei 7.960/1989. Apesar disso, sendo uma medida cautelar, à prisão temporária também se aplica o quanto disposto no art. 282 do CPP.²¹⁰

O art. 1º da Lei 7.960/1989 descreve as hipóteses de cabimento da prisão temporária, sendo elas: quando for medida imprescindível para as investigações em sede de inquérito policial; quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados no inciso III do dispositivo referido.²¹¹

Além dos requisitos supramencionados, deve-se também verificar se a medida eleita é adequada e proporcional à finalidade pretendida. Desse modo, o juiz deverá observar se não há outra medida cautelar, menos gravosa, que possa atender ao fim desejado.²¹²

A prisão temporária é a medida utilizada para satisfazer o interesse da investigação. Entretanto, para Aury Lopes Junior, essa modalidade de prisão possui um “defeito genético”, uma vez que foi criado por Medida Provisória em violação ao art. 22, I da CRFB/1988. A despeito das discussões acerca da sua legalidade²¹³ há uma parte da doutrina que defende a necessidade de sua aplicação. Nessa linha, entende Eugenio Pacelli que a prisão temporária se justifica em face da complexidade das investigações nos delitos a que destina como é o caso do crime de associação criminosa.²¹⁴

Apesar disso, a prisão temporária é a única medida cautelar que possui prazo fixado em lei, sendo este de cinco dias, prorrogáveis por igual período desde que haja necessidade e fundamentação no pedido, conforme dispõe o art. 2º da Lei 7.960/1989. Em caso de crimes hediondos, o prazo de duração da prisão temporária

²⁰⁹ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 632.

²¹⁰ Ibidem, p. 676.

²¹¹ BRASIL. **Lei 7.960/1989**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²¹² JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. op. cit., p. 677.

²¹³ Cf. Ibidem, p. 676-678.

²¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2019, p. 566.

será de até trinta dias, prorrogáveis também por igual período, de acordo com a Lei de Crimes Hediondos.²¹⁵

Nada impede, entretanto, que findo o prazo de duração da prisão temporária seja decretada a prisão preventiva, não possuindo esta, qualquer prazo preestabelecido em lei.²¹⁶

4.1.2 Princípios e garantias constitucionais

Conforme doutrina de Renato Brasileiro, aplicam-se às medidas cautelares pessoais os princípios da presunção de inocência, da jurisdicionalidade e da proporcionalidade; a observância desses princípios decorre do impacto que as referidas medidas podem implicar na liberdade das pessoas.²¹⁷

Sendo assim, o princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, está presente na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, que dispõe que:

“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”²¹⁸.

A presunção de inocência também possui amparo na Declaração de direitos Humanos, no art. 11.1, segundo o qual:

“Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”²¹⁹

Além da previsão em diplomas internacionais diversos, a presunção de inocência conta com expressa previsão na própria Constituição Federal de 1988, estando prescrita no art. 5º, LVII.

A doutrina considera que são atribuídos três significados para o princípio da presunção de inocência. Primeiramente, considera-se que o princípio tem por finalidade estabelecer garantias ao acusado em face do poder de punir do

²¹⁵ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 678.

²¹⁶ Ibidem, p. 680.

²¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 201, p. 12.

²¹⁸ FRANÇA. **Declaração dos direitos do Homem e do cidadão**. Versalhes, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 21 mai. 2019.

²¹⁹ Ibidem.

Estado; visa proteger o acusado no curso do processo penal, pois não pode o acusado sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste – sendo esta finalidade mitigada no processo penal brasileiro em razão da aplicação das medidas cautelares já expostas -, e por fim, a presunção de inocência seria dirigida também ao juízo, posto que deve verificar se os fatos imputados ao réu foram comprovados.²²⁰

Desse modo, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Por meio desse mandamento constitucional, é assegurado ao acusado o direito ao contraditório e ampla defesa.²²¹

Quanto ao princípio da jurisdicionalidade, tem-se que toda medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário. A jurisdicionalidade está prevista no ordenamento jurídico através do art. 5º da CRFB/1988²²² e também foi inserida no CPP pela Lei 12.403/2011, fazendo constar no art. 282, § 2º que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

Na mesma senda está o art. 321, também com modificações da Lei 12.403/2011, dispondo que “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória [...]”.²²³

O princípio da proporcionalidade, apesar de não conter previsão expressa em lei, é extraído de outros dispositivos no ordenamento jurídico para pretende assegurar que a medida cautelar esteja fundamentada pela importância da realização da finalidade perseguida, justificando, assim a intervenção na seara de direitos fundamentais do imputado. Nesse sentido, quanto maior a afetação negativa da medida cautelar em relação a um direito fundamental, maior deve ser a

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2001, p. 13.

²²¹ Ibidem, loc. cit.

²²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

²²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 21.

importância e necessidade de sua decretação para realização dos fins persecutórios.²²⁴

A proporcionalidade ganha total relevância ao considerar a diversidade de medidas cautelares constantes no CPP, o que permite que o aplicador possa mensurar qual aquela que melhor satisfaz as necessidades da persecução criminal no caso concreto.

Ademais, o princípio da proporcionalidade é consectário do princípio da legalidade.²²⁵ À vista disso, todas as medidas passíveis de restrição de direitos fundamentais deverão emergir da lei, pois como já explicado em momento oportuno, inexistente no processo penal brasileiro poder geral de cautela do juiz criminal.

Cabe também comentar sobre o princípio da justificação teleológica, segundo o qual busca-se a legitimação da medida cautelar a partir das razões eleitas para sua aplicação. Esse princípio impõe a necessidade de que a finalidade a ser atendida por meio da medida cautelar deve ser constitucionalmente legítima e socialmente relevante.²²⁶

Em síntese, a decretação de medida cautelar perpassa pela análise de custo-benefício; deve ser sopesado o ônus imposto ao imputado e o benefício que é capaz de gerar. A importância de observância desses mandamentos reside no fato de que a situação da pessoa ainda inocente não pode ser mais grave que a situação daquele que já teve contra si sentença penal condenatória.²²⁷

Em todo caso, aplicam-se, não somente às medidas cautelares pessoais, mas a todas elas devem passar pelo crivo da idoneidade e da necessidade, ou seja, a aplicação da medida cautelar precisa estar atrelada à finalidade da persecução criminal e reiterando-se que deve ser eleita aquela que menos importe em restrição de direitos do imputado, de modo a garantir o direito fundamental à liberdade e demais direitos fundamentais.²²⁸

²²⁴ PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 248-249.

²²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 201, p. 28.

²²⁶ Ibidem, p. 29.

²²⁷ Ibidem, p. 33-34.

²²⁸ PACHECO, Denilson Feitosa. Op. cit. loc. cit.

4.2 PRISÃO DOMICILIAR

O regime aberto pode ser cumprido de duas formas: em Casas do Albergado ou na residência do réu²²⁹, nos termos autorizados pelo art. 117 da LEP (prisão domiciliar).²³⁰ Em razão da falta de Casas do Albergado que permitam que o preso cumpra a pena em regime aberto com recolhimento noturno e nos fins de semana, passou-se a ser decretada a “prisão albergue domiciliar” em favor de todos os condenados em regime aberto.²³¹

Em relação à prisão especial, consiste numa forma “especial” de cumprimento da prisão cautelar em razão de ter o acusado ensino superior ou antes do cárcere ter exercido função que possa comprometer sua integridade física, é o caso dos magistrados e delegados de polícia, por exemplo.²³² A prisão especial tem regulamentação no art. 295 do CPP²³³ que determina que essa modalidade de prisão será cumprida através de recolhimento em local distinto da prisão comum ou, em sua falta, em cela distinta no mesmo estabelecimento. Porém, entende-se em doutrina, que em não havendo cela distinta, é possível ocorrer a prisão domiciliar.²³⁴

Entretanto, a prisão domiciliar de que trata este trabalho é aquela decretada para fins cautelares em substituição da prisão preventiva, conforme dispõe o art. 317 do CPP que foi modificado pela Lei 12.403/2011. De acordo com a

²²⁹ JUNIOR, Fernando Cunha. Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 152. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>. Acesso em 05 jun. 2019.

²³⁰ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

²³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Uma proposta de solução urgente para a crise de execução penal no Brasil**. GuilhermeNucci. Disponível em: <www.guilhermenucci.com.br/artigo/uma-proposta-de-solucao-urgente-para-crise-de-execucao-penal-no-brasil> Acesso em: 05 jun. 2019.

²³² LIMA, Renato Brasileiro de. 7 ed. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 926.

²³³ Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

§ 1o A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

§ 2o Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001)

²³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. 7 ed. op. cit. p. 929.

nova redação, a prisão domiciliar cautelar consiste no recolhimento do acusado ou indiciado em sua residência, só podendo ausentar-se com autorização judicial.

Vale lembrar que, mesmo antes de a prisão domiciliar cautelar se tornar um direito público subjetivo do acusado, jurisprudencialmente é possível encontrar decisões em que é decretada a prisão domiciliar para o preso cautelar quando presentes as condições do art. 117 da Lei de Execução Penal.²³⁵⁻²³⁶

A prisão domiciliar passou, então, a ser regulamentada no art. 318 do CPP, o qual dispõe sobre as hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, ou seja, trata-se de prisão cautelar, decretada antes do fim do processo. Dessa forma, as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 permitem a referida substituição nos casos em que o réu for maior de oitenta anos; esteja extremamente debilitado por doença grave ou quando este for imprescindível aos cuidados de criança menor de seis anos de idade ou pessoa com deficiência.²³⁷

Portanto, a prisão domiciliar é uma medida de caráter substitutivo à prisão temporária, de modo que a ela se aplicam os mesmos pressupostos supramencionados.²³⁸

O art. 318 foi, ainda, ampliado pela Lei 13.257/2016, responsável por incluir como hipótese de suspensão da prisão preventiva pela prisão domiciliar, ser a agente mulher gestante ou que tenha filho de até doze anos de idade, além da previsão de que o homem que seja o único responsável pelos cuidados com crianças na mesma condição também possam ter direito a substituição.²³⁹

Em 2018 houve, novamente, alteração do CPP para incluir o art. 318-A que trata especificamente sobre as condições que poderão autorizar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar da mulher gestante ou responsável pelos cuidados com filhos menores ou com deficiência. Segundo este dispositivo, a

²³⁵ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante

²³⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 148.

²³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

²³⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. op. cit. p. 149.

²³⁹ Op. cit.

substituição será cabível se não for caso de crime cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa e que a mulher não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente.²⁴⁰

No entanto, observa-se que na nova edição do art. 318 do CPP trazido pela Lei 12.403/2011, o legislador trouxe requisitos mais rigorosos do que aqueles exigidos para a prisão domiciliar dos condenados em regime aberto, conforme o art. 117 da Lei de Execução Penal.²⁴¹ Verifica-se, então, uma desproporcionalidade entre a prisão domiciliar cautelar, que em tese deveria ser menos gravosa, em relação à prisão domiciliar da pessoa condenada, que no cenário atual possui requisitos mais brandos.²⁴²

De acordo com Marcos Paulo Dutra Santos, as regras atinentes à prisão domiciliar cautelar configuram uma deturpação da presunção de não-culpabilidade dos réus sem sentença penal condenatória transitada em julgado, em infração ao art. 5º, LVII da CRFB/1988.²⁴³

Além disso, é também possível cogitar a decretação da prisão domiciliar em substituição à prisão temporária por interpretação analógica da prisão preventiva. Ambas são medidas cautelares que restringem a liberdade e tem por finalidade viabilizar a investigação possibilitando eventual instauração de ação penal.²⁴⁴

²⁴⁰ JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 672-673.

²⁴¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 149.

²⁴² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O novo processo penal cautelar**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 149.

²⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 101.

5 (IN)COMPATIBILIDADE DOS ARTIGOS 318, VI E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A redação do art. 318, VI do CPP²⁴⁵ foi introduzida pela Lei 13.257/2016 e, como já exposto, versa sobre as hipóteses nas quais estará autorizada a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar cautelar. E, de acordo com a lei, fazem jus à substituição a mulher gestante, a mulher que possui filhos de até doze anos de idade ou com deficiência e o homem que tenha filhos de até doze anos de idade ou com deficiência, na condição de único responsável.

A falta de estrutura nos estabelecimentos prisionais brasileiros é um tema já amplamente explorado, sendo também muito debatidas as condições degradantes em que se encontram as mulheres gestantes no cárcere, principalmente em razão da falta de estrutura para atender as necessidades da mãe e da criança, além da ausência de equipe médica especializada e programas de saúde pré-natal capaz de fornecer assistência regular na gestação e no pós-parto.²⁴⁶ Estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional em 2016 informam que, à época, no Brasil, apenas 269 mulheres em um total de 536 tinham acesso a celas compatíveis com a condição de gestantes.²⁴⁷

Em face disso, é acertada a modificação legislativa para permitir que mulheres grávidas possam ter a prisão preventiva convertida em domiciliar, já que o

²⁴⁵ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁴⁶ Cf. GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. **Cogitare Enfermagem**. Curitiba, v.18, n. 3, jul./set. 2013, p. 452-459. Disponível em: <www.redalyc.org/pdf/4836/483649281005.pdf>. Acesso em 24 mai. 2019.

²⁴⁷ BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2019.

próprio Estado assume a incapacidade de cumprir com suas normas que visam garantir direitos fundamentais expressos no ordenamento jurídico.

A discussão, em verdade, reside nos incisos V e VI do art. 318 do CPP que autoriza a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em favor da mulher que possui filhos de até doze anos de idade ou com deficiência e para o homem que possui filhos em condições idênticas, sendo seu único responsável, ou seja, há um desequilíbrio entre os requisitos exigidos em lei que, por sua vez, são menos rigorosos para as mulheres.

Desse modo, a criança ou adolescente que tiver pais encarcerados, poderá ter, prioritariamente, a convivência com a mãe assegurada pela lei processual penal. Em não havendo a figura materna, o pai poderá cumprir o regime de prisão domiciliar cautelar para cuidar dos filhos caso se comprove que não há outra pessoa responsável capaz de fazê-lo, ou seja, o melhor interesse da criança, segundo o legislador, é viabilizado, a priori, pela convivência materna, enquanto que a paternidade é sempre subsidiária.

Dispõe o art. 19 do ECA que é direito da criança ser criado e educado no seio de sua família, bem como o direito à convivência familiar em um ambiente favorável ao seu desenvolvimento integral. Aliado a esse dispositivo está o art. 22 da mesma lei, determinando que aos pais cabe o dever de sustento, guarda e educação de seus filhos, enfatizando a igualdade de deveres e responsabilidades de ambos em relação ao cuidado da criança. Do mesmo modo dispõe a Constituição Federal no art. 227, prescrevendo o direito à convivência como dever da família.

Observa-se que não há no sistema de proteção à criança distinção acerca da importância ou das atribuições da figura materna e paterna ou sequer distinção a respeito dos modelos de família. Tanto o pai quanto a mãe, de acordo com o pelo ECA, possuem deveres e são igualmente responsáveis pela garantia do melhor interesse dos filhos; não há previsão de qualquer hierarquia para o exercício do cuidado infantil.

Natural seria que as alterações inseridas no CPP fossem efetivamente pautadas no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, já que foram editadas pela Lei 13.257/2016, que representa o Marco Legal da Primeira Infância. Entretanto, observa-se que a lei estabeleceu requisitos para substituição do regime

de prisão cautelar que não refletem uma relação direta com o melhor interesse do infante, pois o parâmetro adotado para a conversão de regime são os genitores.

A Lei 13.257/2016 foi promulgada justamente para dispor sobre políticas públicas voltadas à primeira infância, mas os requisitos para a concessão da prisão domiciliar partem de uma construção social tradicional – e que se busca ultrapassar – dos “papeis sociais” ocupados por homens e mulheres. A interpretação que se tem do dispositivo é que a mulher ainda detém a função de “guardiã da infância” que lhe foi atribuída no século XVIII.²⁴⁸

O melhor interesse da criança deve ser analisado à luz do caso concreto e a partir de uma perspectiva multidisciplinar que não apenas considera os vínculos materno e paterno. O legislador não tem a capacidade de decidir, em abstrato, quem, no caso concreto, está apto a verdadeiramente garantir os interesses da criança e do adolescente, se a mãe ou o pai de forma objetiva; não há, no CPP, previsão de que a substituição da prisão cautelar deve avaliar primeiramente a necessidade da criança a fim de efetivar seu direito de convivência familiar com aquele que melhor concretiza seu bem-estar.

Por esse motivo, há no ECA previsão de análise realizada por equipe interprofissional ou multidisciplinar composta por psicólogos, assistentes sociais e pedagogos nos casos em que os direitos e garantias da criança e do adolescente possam ser comprometidos como nas situações de acolhimento familiar ou institucional, adoção, guarda, destituição ou suspensão do poder familiar,²⁴⁹ estando inclusive, prevista no art. 1.584, § 3º do Código Civil, segundo o qual:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar**, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

²⁴⁸ VASCONCELOS, Tânia Mara Pereira. A perspectiva de gênero redimensionando a disciplina histórica. **Revista Ártemis**, n.3, dez. 2005, p. 2. Disponível em:<www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/2208/1947>. Acesso em: 25 mai. 2019.

²⁴⁹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos jurídicos da intervenção social e psicológica no processo de adoção. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 63, n. 196, out./dez. 2001, p.123. Disponível em:<www.revistajustitia.com.br/artigos/y57czc.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

A equipe multidisciplinar cuida justamente da investigação da situação da criança através de um raciocínio clínico da situação familiar e das condições psicossociais de seus membros e de suas relações²⁵⁰ e, por meio de perícias e estudos realizados, é capaz de verificar quem é o responsável que melhor atende aos interesses e necessidades da criança. Assim é possível dar efetividade a política de prioridade absoluta da criança e do adolescente.

No que tange à adoção, especificamente, há imprescindibilidade da perícia multidisciplinar para garantir que os adotantes têm capacidade e preparo para exercer a parentalidade responsável, de acordo com o art. 197-C do ECA.²⁵¹ Nesses casos, o papel da equipe interprofissional vai além de verificar as condições da criança, pois à equipe também cabe a procura de um novo lar para aqueles que passaram pela destituição do poder familiar.²⁵²

Ratifica-se, então, a necessidade da existência de equipe multidisciplinar ou interprofissional para orientar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário que de forma isolada não possui condições de ponderar sobre quem representa a melhor opção para o desenvolvimento saudável da criança.

Uma vez que o operador do direito, em regra, apenas é perito na letra da lei, faz-se necessária à presença de profissionais para além da área jurídica, a fim de auxiliar na correta aplicação da lei, já que para haver a subsunção do fato à norma nesse caso é preciso verificar a realidade de cada pessoa, não sendo suficiente a aplicação da norma de forma objetiva.²⁵³ Então, a equipe multidisciplinar vai analisar não apenas o vínculo da criança com o pai e a mãe, indo além do casal parental e dos papéis por eles exercidos para considerar também a realidade sociocultural em que se insere cada família.²⁵⁴

Aliado à avaliação multidisciplinar está a oitiva da criança, que apesar de não ser determinante para aferir quem, no caso concreto, será capaz de melhor garantir seus interesses, deve ser viabilizada sempre que possível e sua opinião

²⁵⁰ MONTENEGRO, Aline Fontenelle de Lima; ROCHA, Lisieux D'Jesus Luzia de Araújo; FRANCILEUDO, Francisco Antonio. Intervenção psicossocial no processo de adoção. **Revista Internacional Política e Cultura Jurídica**. v.9, n.1, jan./abr. 2017, p.107. Disponível em: <www.redalyc.org/html/3373/337349577007/>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁵¹ Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

²⁵² MONTENEGRO, Aline Fontenelle de Lima, et. al, op. cit. p. 104.

²⁵³ Ibidem, p. 101.

²⁵⁴ Ibidem, p. 107.

deverá ser considerada; assim dispõe o art. 28, §1º do ECA²⁵⁵. Corrobora essa dinâmica o estágio de convivência familiar no processo de adoção, reafirmando ser indispensável certificar que há uma relação saudável entre a criança e seu responsável.²⁵⁶

Nesse sentido está a jurisprudência para considerar a prevalência do interesse da criança independentemente de quem seja o responsável que melhor o concretize:

APELAÇÃO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. GUARDA CONFERIDA AO PAI. ELEMENTOS JUSTIFICADORES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Quando se cuida de definir o exercício da guarda em favor de um dos genitores, imprescindível verificar qual a possibilidade mais vantajosa para a formação e o desenvolvimento da criança e do adolescente, porquanto o bem jurídico mais relevante a ser preservado é, precisamente, o interesse do menor, sendo esse o objetivo, conforme dispõe o art. 22 da Lei 8.069/90 (ECA).** 2. Na hipótese dos autos, a prova produzida em audiência de instrução e julgamento, demonstrou que a mãe faz uso de bebida alcoólica de forma desregrada, não possuindo comportamento condizente com a figura materna, e de acordo com os depoimentos dos próprios filhos, não é cuidadosa e acolhedora, pois falha nos deveres mais comezinhos da criação de uma criança, sendo unânime a intenção dos filhos menores preferirem morar com o pai. 3. Embora seja compreensível o alegado interesse da mãe em ter regularizada a guarda dos dois filhos menores que com ela já convivem, **a situação recomenda que as crianças fiquem sob a custódia do pai, visto que este se mostrou zeloso e com melhores condições de atender os interesses das crianças**, considerando que com ele já residem três irmãos. 4. Recurso conhecido e improvido. (AP 0009106-03.2016.827.0000, Rel. Desa. ÂNGELA PRUDENTE, 3ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 16/11/2016). (TJ-TO - APL: 00091060320168270000, Relator: ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE).

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. ESTUDO DO PSICOSSOCIAL. AMBIENTE FAVORÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DO INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA ATENDIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. 1. A guarda e responsabilidade em relação ao filho deve ser apreciada levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança, nos moldes do art. 227 da CF e no art. 3º do ECA. 2. **Impõe-se a manutenção da sentença de procedência para que se confira a guarda do menor em favor do pai, quem já a exerceu de fato por aproximadamente sete anos e, de acordo com estudo elaborado por setor de análise psicossocial, revela**

²⁵⁵ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

²⁵⁶ MONTENEGRO, Aline Fontenelle de Lima; ROCHA, Lisieux D'Jesus Luzia de Araújo; FRANCILEUDO, Francisco Antonio. Intervenção psicossocial no processo de adoção. **Revista Internacional Política e Cultura Jurídica**. v.9, n.1, jan./abr. 2017, p. 109-110. Disponível em:<www.redalyc.org/html/3373/337349577007/>. Acesso em: 05 jun. 2019.

condições de propiciar melhor bem estar ao infante do ponto de vista emocional. 3. Recurso desprovido. (TJ-DF 20151410031510 - Segredo de Justiça 0003830-38.2015.8.07.0014, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 01/02/2017, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/03/2017 . Pág.: 746/749).

De outro modo, a conversão para o regime de prisão domiciliar cautelar, da forma como ocorre hoje, é alheia à avaliação multidisciplinar que é exigida pelo sistema de proteção à criança e ao adolescente em situações semelhantes que envolvem o melhor interesse da criança, especialmente no que tange a convivência familiar.

Em 2018 foi inserido o art. 318-A²⁵⁷ no CPP para regulamentar o art. 318, IV e V. Assim, para que a gestante e a mulher mãe de filhos de até doze anos possa ter convertida a prisão preventiva para prisão domiciliar cautelar, ela não pode ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa, ou ter cometido qualquer crime contra seus descendentes ou responsáveis.

A crítica quanto à desigualdade de requisitos estabelecidos no art. 318, V e VI do CPP aqui se inverte, pois, o legislador achou por bem regular a concessão da prisão domiciliar cautelar apenas para as mulheres, de modo que os requisitos do art. 318-A não são direcionados ao homem que seja pai e atenda aos requisitos do art. 318, VI do CPP. Novamente, não há observância do melhor interesse da criança.

O legislador, na redação do art. 318-A, nada dispôs quanto à possibilidade de o homem cumprir o regime de prisão domiciliar cautelar em razão de ser pai, pois o dispositivo se refere expressamente apenas à mulher, em total falta de coerência, visto que as exigências trazidas pelo art. 318-A visam – ou deveriam visar - assegurar o bem-estar e desenvolvimento da criança e do adolescente. Desse modo, conforme a redação do art. 318-A, não se aplica ao homem pai – ainda que único responsável - de crianças de até doze anos a exigência de não ter cometido crimes com violência ou grave ameaça e crimes contra os descendentes ou responsáveis.

²⁵⁷ Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

5.1 A IMPORTÂNCIA DA PRISÃO DOMICILIAR COMO MEIO DE GARANTIA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O PAI

O Marco Legal da Primeira Infância utilizou a prisão domiciliar como política pública, buscando viabilizar direitos e garantias da criança e do adolescente que possuem mães e pais em situação de cárcere. E, como já evidenciado, há total desarmonia do dispositivo legal em relação ao objetivo que se pretende alcançar com a promulgação da Lei 13.257/2016, que é a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente.

De acordo com estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional em 2016, apenas foi possível identificar a existência de filhos ou não em relação a 9% da população carcerária do país, que representava o contingente de 63.971 pessoas encarceradas. E, dentro da baixa amostragem da pesquisa, verificou-se que 47% da população carcerária masculina possui filhos, enquanto que 76% da população carcerária feminina é mãe de pelo menos um filho.²⁵⁸

Entretanto, segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Presos criado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, a população carcerária no Brasil tinha o total de 602.217 pessoas encarceradas, das quais 95% são homens²⁵⁹. Através de uma interseção entre as informações coletadas pelo Infopen e pelo BNMP é possível verificar que a quantidade de homens pais privados de liberdade é significativamente maior que a quantidade de mulheres; entretanto, o legislador teve a oportunidade de criar uma política pública voltada a viabilizar a convivência familiar da criança como um todo, incluindo a figura paterna, mas não foi essa a opção.

De acordo com o art. 19, § 4º do ECA:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a

²⁵⁸ BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Estatística**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2017, p. 39. Disponível em: <www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 abr. 2019.

²⁵⁹ Idem. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0)**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019, p. 31-34.

convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Além de o direito de convivência familiar das crianças que tem os responsáveis presos ser viabilizado através das visitas periódicas autorizadas por lei, o CPP traz a prisão domiciliar cautelar com o mesmo objetivo, dada a necessidade da convivência familiar da criança com os responsáveis como meio de concretizar seus interesses.

Observa-se que conforme o sistema de proteção e garantia da criança e do adolescente, a convivência familiar assegurada à infância não encontra distinção de gênero, estando ambos os responsáveis aptos a exercer a parentalidade, diferentemente do que dispõe os artigos 318, V e VI e 318-A do CPP.

Todavia, pouco se discute sobre os impactos do encarceramento paterno sobre a criança,²⁶⁰ o que reflete a carência de trabalhos acadêmicos sobre o tema, apesar de a população carcerária masculina ser exponencialmente maior que a população carcerária feminina.²⁶¹ De todo modo, é possível afirmar a existência de consequências negativas em relação ao encarceramento de qualquer dos genitores. Com exceção da fase de amamentação, quando a figura materna é indispensável²⁶², há igual importância de ambos para o desenvolvimento saudável da criança.²⁶³

Diante da lacuna de estudos nacionais que se debruçam sobre o assunto, recorre-se a pesquisas estrangeiras, sendo estas realizadas na América do Norte, e indicam que tanto as prisões da mãe quanto do pai refletem no

²⁶⁰ SANTOS, Andréa Marília Vieira. Pais encarcerados: filhos invisíveis. **Psicologia Ciência e Profissão** [online]. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, v.26, n.4, 2006, p. 594-603. Disponível em:<www.redalyc.org/articulo.oa?id=282021750007>. Acesso em: 25 mai. 2019.

²⁶¹ MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Revista Psico**: Porto Alegre, v. 47, n.4, 2016, p. 317. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/23413/pdf>. Acesso em: 26 mai. 2019.

²⁶² COSTA, Luhana Karoliny Oliveira; QUEIROZ, Lorena Lauren Chaves; QUEIROZ, Rafaelle Cristina Cruz da Silva; RIBEIRO, Thatiana Silvestre Fernandes; FONSECA, Maíse do socorro Santos. Importância do aleitamento materno exclusivo: uma revisão sistemática da literatura. **Revista de Ciências da Saúde**. São Luis, v.15, n.1, jan./jun 2013, p. 39-40. Disponível em:<www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rcisaude/article/view/1920>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁶³ JOHNSTONE, D. *apud* ORMEÑO, Gabriela Reyes; MAIA, Joviane Marcondelli Dias; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti Albuquerque. Crianças com pais ou mães encarcerados: uma revisão da literatura. **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente**. Lisboa, v.4, n.2, 2013, p. 146-147.

desenvolvimento de habilidades ou no comportamento agressivo ou antissocial, por exemplo, principalmente na fase dos sete aos catorze anos de idade.²⁶⁴

Existem teorias psicanalíticas que tratam da importância do papel estruturante do pai na vida da criança e a importância que a figura paterna adquire nas etapas do desenvolvimento infantil. Desde a fase inicial da vida, dos seis até os doze meses de idade, a imagem paterna é referência na estruturação psíquica devido à sua importância na formação do ego da criança. A partir do segundo ano de vida, quando a criança distingue a imagem de pai e mãe, o pai ganha relevância no processo de desenvolvimento e suporte das dificuldades inerentes ao aprendizado da criança nessa fase.²⁶⁵

O pai, sob o viés da psicanálise, é aquele que viabiliza a transição da criança do âmbito familiar para a sociedade e a interação entre pai e filho tem grande relevância para o desenvolvimento social e cognitivo possibilitando a inserção da criança no meio social.²⁶⁶ De outro lado, a ausência do pai impacta negativamente os aspectos psicológicos, intelectuais e comportamentais da criança, o que restou evidenciado por estudo clínico realizado por Eizirik e Bergamann.²⁶⁷

No mesmo sentido são as pesquisas executadas por Dubowitz et al., na qual foram avaliadas oitocentos e cinquenta e cinco crianças de seis anos de idade para fins de verificar se a ausência da figura paterna estava atrelada à distúrbios comportamentais, depressão e se o suporte fornecido pelo pai estava relacionado ao funcionamento cognitivo. Por meio de entrevistas com os envolvidos, constatou-se que quanto maior o suporte paterno, menor a incidência de problemas comportamentais e melhor o desenvolvimento cognitivo da criança.²⁶⁸

²⁶⁴ JOHNSTONE, D. *apud* ORMEÑO, Gabriela Reyes; MAIA, Joviane Marcondelli Dias; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti Albuquerque. Crianças com pais ou mães encarcerados: uma revisão da literatura. **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente**. Lisboa, v.4, n.2, 2013, p. 146-147.

²⁶⁵ GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília (UnB), v. 20, n. 2, p. 119-125, 2004. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/8640>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁶⁶ BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**. v. 28, n.85, jan./abr. 2011, p. 68-69. Disponível em:<www.revistapsicopedagogia.com.br/sumario/25>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁶⁷ EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v. 26, n.3, 2011, p. 330-336. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>. Acesso em 05 jun. 2019.

²⁶⁸ DUBOWITZ, H. et al. *Apud* CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil: revisão da literatura. **Revista Psicologia Escolar e Educacional**, Campinas, v.9, n.2, dez. 2005, p. 8. Disponível

A Lei 13.257/2016 representou retrocesso ao priorizar o direito à convivência materna da criança em detrimento da convivência paterna, quando, em verdade, a convivência familiar é una. Ao assim dispor, a lei resgata construções sociais ultrapassadas de que a mulher é a única responsável pelo filho, ou que seria a melhor escolha em razão do “instinto materno” que, em certo momento na história, lhe foi atribuído e desde então, tornou-se imoral não desempenhá-lo.

É sabido que mesmo antes da prisão alguns pais já mantem relação distanciada dos seus filhos por motivos diversos, como uso de substâncias entorpecentes, histórico de violência, desemprego, relacionamentos amorosos instáveis, dentre outros fatores.²⁶⁹ Entretanto, não é possível supor que todos os pais em situação de cárcere são indiferentes à prole, pois, também fora da prisão existem aqueles que não desejam estabelecer nenhum tipo de contato com os filhos ou participar dos cuidados e educação.

Logo, o grau de comprometimento dos pais com seus filhos pode variar em função de fatores diversos, assim como pode ocorrer também em relação à figura materna; não há que se falar em um padrão comportamental estabelecido em função do gênero exclusivamente.²⁷⁰ Diante disso, verifica-se o equívoco do legislador ao eleger a convivência familiar do filho com a mãe como principal e a convivência paterna como subsidiária, sem que antes haja uma análise das circunstâncias no caso concreto para que se possa concluir sobre qual a melhor opção para o bem-estar e formação da criança.

Há estudos que demonstram que, a despeito do imaginário popular, existem pais que estão presos e tem interesse em manter relações com seus filhos.²⁷¹ Entretanto, são escassas as políticas públicas voltadas a garantir o direito de convivência da criança com o pai recluso. Desse modo, não é possível exigir que os pais cumpram com os mandamentos constitucionais e estatutários de proteção à

em:<pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572005000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁶⁹ LEE, C. *apud* MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Revista Psico**: Porto Alegre, v. 47, n.4, 2016, p. 310. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/23413/pdf>.

Acesso em: 26 mai. 2019.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 310.

²⁷¹ *Ibidem*, loc. cit.

infância sem que haja meios para tanto, o que implica no enfraquecimento da proteção social da criança.²⁷²

A importância do exercício da maternidade já é universalmente reconhecida, o que não implica na hierarquização do exercício da parentalidade. O que se busca é a equiparação das funções, considerando que devem ter a mesma condição de importância para o desenvolvimento saudável da criança.²⁷³

5.2 A PRISÃO DOMICILIAR CAUTELAR E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NAS ESTRUTURAS FAMILIARES

O legislador brasileiro, ao inserir no CPP as modificações representadas pelo art. 318, V e VI e art. 318-A deixa de contemplar o pluralismo familiar que tem conquistado representatividade social e que está estritamente relacionado à garantia do melhor interesse da criança, uma vez que o próprio texto constitucional entende que a família é o local adequado ao desenvolvimento infantil.²⁷⁴

Ao se restringir à distinção de sexo para determinar o que seria melhor aos interesses da criança e do adolescente, a lei se esgota em um modelo de família heteronormativa, que não mais contempla, de forma isolada, a realidade da população. Como já comentado em momento oportuno, a concepção engessada de família tradicional pautada apenas no matrimônio e laços biológicos, na qual a mulher era a única responsável por manter coeso o núcleo familiar e o homem era o provedor, vem sendo afastada diante das novas dinâmicas familiares.²⁷⁵

Há uma lacuna criada pela lei diante da omissão em relação a todos os demais grupos familiares que não foram contemplados pela norma. Nesse sentido, há que ser questionado como será a efetivação dos direitos e garantias da criança

²⁷² SILVA, Monica Ferreira; GUZZO, Raquel S. L. Presidiários: percepções e sentimentos acerca de sua condição paterna. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. v.17, n.3 p. 58. Disponível em:<pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v17n3/05.pdf>. Acesso em: 06 Jun. 2019.

²⁷³ MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Revista Psico**: Porto Alegre, v. 47, n.4, 2016, p. 310. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/23413/pdf>. Acesso em: 26 mai. 2019.

²⁷⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

ou adolescente que se encontra inserida em um núcleo familiar não contemplado pelo legislador.

Pontua-se, novamente, a falta de coerência da lei ao estabelecer o gênero como parâmetro de conversão para o regime domiciliar cautelar. Não há, por exemplo, uma alternativa para as famílias que são constituídas por duas mulheres; entende-se que sendo duas mães, as duas teriam direito de ter a prisão preventiva convertida em prisão domiciliar para que sejam preservados os interesses de seus filhos. Pior o cenário para famílias homoafetivas compostas por dois homens, já que nesse caso, conforme a literalidade da lei, nenhum dos dois poderá cumprir o regime de prisão domiciliar cautelar, a não ser na condição de único responsável pela criança.

Além disso, não há qualquer garantia de que dentro de um modelo familiar tradicional, a mãe seja a melhor pessoa a garantir os interesses da criança; há a possibilidade de que seja o pai aquele que melhor cuida dos filhos.

Lacan, citado por Sérgio Laia, entende que a função materna não corresponde necessariamente a mulher e a função paterna, a um homem, pois não seria a anatomia humana responsável por definir as funções exercidas por cada um.²⁷⁶ Desse modo, de acordo com a psicanálise, as funções materna e paterna não correspondem, necessária e respectivamente a uma mulher e um homem, uma vez que a correspondência de tais funções com a sexualidade dos agentes opera-se pelo desejo de exercer tais funções.²⁷⁷

Segundo a psicóloga Maria Antonieta Pisano Motta “a criança necessita de pais que de algum modo lhes proporcionem o contato com a função libidinizante (materna) e a limitadora ou castradora (paterna) [...],”²⁷⁸ ou seja, importa à criança é que as funções sejam exercidas, e não quem a exerce.

Por esse ângulo também entende a psicóloga Maria Cristina D’Avila de Castro:

²⁷⁶ LAIA, Sérgio. A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2008, p.33. Disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁷⁷ RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito e da psicanálise. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.13, n.70, fev./mar. 2012, p.31.

²⁷⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano *apud* RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito e da psicanálise. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.13, n.70, fev./mar. 2012, p.31.

[...] A função parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. As atitudes que compõem a função parental são responsividade que favorece a individualidade e a autoafirmação por meio de apoio e aquiescência, exigência que nada mais é do que atitude de supervisão e de disciplina para com os filhos. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas. [...] ²⁷⁹

Infere-se, portanto, que o Código de Processo Penal nos artigos 318, V e VI e 318-A traz critérios objetivos para aplicação da norma, o que se revela insuficiente e incompatível com a sistemática de proteção e garantias estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que necessita ser averiguada em cada caso.

Também não foi abrangida pela lei as relações familiares socioafetivas, que prescindem de laços biológicos e são núcleos familiares reconhecidos juridicamente.²⁸⁰ Nesse contexto, há que se mencionar a desbiologização da paternidade, que dá lugar a paternidade socioafetiva exercida, por exemplo, pelo padrasto, com base no afeto e cuidado derivado da convivência familiar,²⁸¹ e que pode ser extraída do art. 25, parágrafo único do ECA²⁸², segundo a redação indica que também é considerado como família aqueles com quem a criança mantém vínculos de afeto e afinidade.

Em todo caso, percebe-se que há um desvirtuamento do objetivo primário da norma, que está aquém das mudanças contemporâneas e acaba por não cumprir com a função de assegurar os direitos da criança e do adolescente que deveria ser viabilizado através do instituto da prisão domiciliar cautelar.

²⁷⁹ CASTRO, Maria Cristina D'Avila de. A adoção em famílias homoafetivas. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2008, p.24. Disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

²⁸⁰ Cf. CHAVES, Mariana. Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade. In: **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47617933/ANAIS_PLURALIDADE_E_FELICIDADE.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1559511547&Signature=tnkV7pObTaQ12Q4VQ2n9HsXxu6g%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFAMILIAS_MOSAICO_SOCIOAFETIVIDADE_E_MULT.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

²⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, v. 14, 2003, p. 56.

²⁸² Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Além de a norma adotar como parâmetro o gênero, o faz de forma ultrapassada, pois a prisão domiciliar cautelar da mulher traz consigo resquícios da sociedade patriarcal onde a divisão de trabalho ocorria conforme o sexo: à mulher a vida doméstica e ao homem a vida pública. A lei não comporta as reorganizações familiares, haja vista que estão sendo desenvolvidas com base na afetividade e não apenas em vínculos biológicos.²⁸³

A lei, de outro modo, o exercício da parentalidade pela figura materna contemplando o modelo de família nuclear tradicional, e desestimula a atuação da figura paterna, que além da falta de incentivo que decorre de costumes culturalmente estabelecidos, também não encontra amparo da lei.

Há que se considerar, ainda, que mesmo a formação da família tradicional, passou por uma ressignificação para considerar as relações familiares a partir do afeto, é o que Heloísa Helena Barboza entende por “família verídica”.²⁸⁴ A sociedade tem se inclinado favorável às famílias formadas a partir da comunhão de afetos, bem como da dinamização dos papéis que cada pessoa desempenha de modo que, não há espaço para hierarquizar as funções parentais.

5.3 CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS PAIS EM SITUAÇÃO DE CÁRCERE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Os Tribunais brasileiros, em conformidade com o art. 318, VI do CPP, tem exigido, para concessão da prisão domiciliar cautelar aos homens que tem filhos menores de doze anos, prova idônea da imprescindibilidade da presença do pai para a criança, já que a condição de pai, por si só, não foi relacionada ao melhor interesse da criança.

Não há qualquer análise acerca dos direitos e garantias da criança e do adolescente quando do indeferimento do pedido de prisão domiciliar cautelar solicitada pelo pai. Apenas há a exigência de comprovação de que fora da prisão não haja outra pessoa capaz de cuidar da criança, ou seja, a prioridade para exercer

²⁸³ GORIN, Michelle Christof; MELLO, Renata; MACHADO, Rebeca Nonato; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. O estatuto contemporâneo da parentalidade. **Revista da Sociedade de Psicoterapias Analíticas Grupais do Estado de São Paulo (SPAGESP)**, v. 16, n.2, p. 10. Disponível em: <www.academia.edu/38729392/O_ESTATUTO_CONTEMPOR%C3%82NEO_DA_PARENTALIDADE?email_work_card=thumbnail-desktop>. Acesso em: 30 mai. 2019.

²⁸⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

a parentalidade não será do pai caso haja um terceiro capaz de exercer a função.

Nesse sentido são as decisões:

HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. PAI COM FILHO MENOR. ARTIGO 381, VI DA LEI 12.403/2011. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO. REQUISITOS. CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. **I - A substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar prevista no art. 318, inciso VI do Código de Processo Penal necessita de comprovação da imprescindibilidade do acusado para os cuidados do menor.** II - No caso, estão configurados os pressupostos e os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Trata-se de delito grave, no qual houve demonstração de periculosidade do agente, razão pela qual a custódia cautelar da paciente é medida que se impõe, como forma de garantia da ordem pública, principalmente porque, conforme as provas até aqui colhidas há indícios suficientes de materialidade e autoria do delito, inexistindo qualquer ilegalidade no seu encarceramento. III – Ordem denegada. (TJ-AM 40002629820178040000 AM 4000262-98.2017.8.04.0000, Relator: Sabino da Silva Marques, Data de Julgamento: 05/02/2017, Primeira Câmara Criminal).

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. PAI DE CRIANÇA DE 6 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE PARA CUMPRIR A PRISÃO DOMICILIAR. REEXAME FÁTICO. 1. Encontram-se presentes os requisitos que autorizam a custódia preventiva do paciente, em face da natureza e gravidade das infrações penais. Localizada variedade de substância entorpecente para comercialização em boca de fumo - 14,32 g de maconha e 5,48 g de cocaína, além de dinheiro, balança de precisão, apreensão de armas e munições. 2. **O fato de o réu ser pai de criança menor de seis anos não lhe confere, por si só, o direito à liberdade provisória ou à prisão domiciliar, devendo ser demonstrada a sua imprescindibilidade para a educação e cuidado da criança.** 3. Ordem denegada. (STJ - HC: 425475 DF 2017/0300088-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 06/03/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2018).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPERTINÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. PAI DE CRIANÇAS. AUSÊNCIA DE PROVA IDÔNEA. 1. Convertida a prisão em flagrante do paciente, em prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, em virtude da gravidade concreta da ação potencialmente criminosa, e ficando indicado nos autos que a conduta de fato apresenta contornos de especial gravidade, como o concurso de pessoas e a restrição de liberdade da vítima, inexistente constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente. 2. **Se, embora constem nos autos elementos de convicção no sentido de que o paciente é pai de duas crianças, não há, por outro lado, prova idônea de que ele é imprescindível aos cuidados**

especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, ou o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, julga-se improcedente o pedido, denegando-se a ordem de habeas corpus, porque se mostra inviável a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. ORDEM DENEGADA. (TJ-GO - HC: 00632729020198090000, Relator: ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 10/04/2019, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 10/04/2019).

Através de pesquisa jurisprudencial, verificam-se escassos os casos em que há efetiva comprovação de que a criança não tem como ser cuidada por outros familiares, sendo necessária a presença do pai. A figura paterna é a *ultima ratio* adotada pela lei em benefício da criança, pois primeiro há a necessidade de comprovação da inexistência de qualquer outra pessoa capaz de zelar pela criança, para então os cuidados serem concedidos ao pai.

No Habeas Corpus n. 08118995320184050000-SE concedido pelo TRF-5, é possível aferir os obstáculos e o extenso arcabouço probatório necessário para que o pai consiga provar que a criança não tem como ser cuidada por outra pessoa, tornando-o imprescindível.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, INCISO III, DO CPP). COMPROVAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA PRESENÇA DO PAI PARA OS CUIDADOS DE FILHO MENOR DE 6 (SEIS) ANOS APRESENTANDO QUADRO COMPATÍVEL COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA - TEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Habeas corpus contra decisão do Juízo da 32ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que, nos autos da Ação Penal nº 0809180-48.2018.4.05.8100, na qual se imputa ao paciente a prática dos crimes de roubo, extorsão e tortura, indeferiu pedido de substituição da prisão preventiva em estabelecimento penal por prisão domiciliar.. 2. Documentação acostada aos autos que reflete a imprescindibilidade da presença do paciente para que sejam ministrados os devidos cuidados a seu filho autista menor de (seis) anos de idade, conforme exigido no art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal para fins de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. 3. **Prova da imprescindibilidade da presença do pai para os cuidados da criança que pode ser extraída dos seguintes documentos fornecidos pelo impetrante:** a) Certidão de nascimento atestando que o menor João Henrique Matos Nogueira, nascido em 10/8/2015, é filho de Raimundo Nonato Nogueira Júnior (paciente) e Eveline Silva Matos; b) Relatório médico atestando que "o paciente João Henrique Matos Nogueira apresenta um quadro compatível com Transtorno do Espectro Autista - TEA (CID 10F 84.0), segundo os critérios da DSM-5"; c) Declaração da clínica Neuropsicocentro afirmando que o paciente acompanha o menor João Henrique Matos Nogueira para realizar sessões de psicomotricidade relacional, terapia ocupacional individual, terapia ocupacional em grupo e fonoaudiologia especializada naquela clínica; d) Declaração da mãe da criança informando que ele necessita de

cuidados especiais e que o paciente acompanha o menor levando-o à terapia e ao colégio diariamente; e) Contracheque da mãe da criança comprovando que ela é servidora pública do Município de Caucaia-CE; f) Fatura de energia elétrica em nome da mãe da criança comprovando que ela reside no Município de Caucaia-CE; e g) Declaração da avó da criança declarando que, devido a problemas de saúde e a sua hipossuficiência econômica, não tem como prover o acompanhamento e os cuidados diários de seu neto, como também que não há outro familiar que possa cuidar da criança. 4. Reconhecimento de que condicionar a concessão do benefício previsto no art. 318, inciso III, do CPP à comprovação de que inexistem outros parentes capazes de cuidar do menor, a exemplo de avós e tios maternos e paternos, esvaziaria o conteúdo da referida norma, uma vez que, na maioria das vezes, sempre há um parente capaz de cuidar da criança. 5. Ordem de habeas corpus concedida. (TRF-5 - HC: 08118995320184050000 SE, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 28/09/2018, 3ª Turma).

No entanto, a imprescindibilidade do homem na vida do filho deve decorrer da condição de pai e não da inexistência de terceiros que possam instruir a criança. Por outro lado, as decisões que concedem a prisão domiciliar cautelar para as mães perpassam pela análise do melhor interesse e prioridade absoluta da criança, como forma de incentivo à maternidade responsável:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CONCRETIZADA MAIS DE DOIS ANOS APÓS A OCORRÊNCIA DO CRIME. PACIENTE COM DOIS FILHOS MENORES DE SEIS ANOS. AUSÊNCIA PATERNA NA CRIAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **As peculiaridades do caso in concreto - paciente com dois filhos menores de 6 (seis) anos de idade, que não possuem cuidados dos pais (um não é conhecido e o outro é encarcerado) e que não se envolveu em nenhuma outra conduta delituosa desde a ocorrência do fato, datado de 29/04/2016 - possibilitam a substituição da prisão preventiva (fundamentada apenas na aplicação da lei penal) pela prisão domiciliar; pois irá resguardar a maternidade responsável da paciente,** mediante o cumprimento das condições específicas estipuladas, não havendo risco evidente à ordem pública e a instrução criminal eis que, diante do seu compromisso de comparecer a todos os atos do processo, se assim não o fizer, sofrerá, no mínimo, os efeitos da revelia. 2. Ordem parcialmente concedida. Alvará de Soltura. (TJ-DF 07187050920188070000 DF 0718705-09.2018.8.07.0000, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 12/11/2018, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/11/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS. PRISÃO DOMICILIAR. ACUSADA QUE TEM FILHO MENOR DE SEIS ANOS DE IDADE. PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR. 1 - A prisão preventiva, medida excepcional, somente será decretada se não for cabível a substituição por outra medida cautelar (CPP, art. 282, § 6º). 2 - É facultado ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o

agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência (CPP, art. 318, III). 3 - A paciente foi presa quando ia visitar o pai de sua filha, o qual se encontra preso. Em circunstâncias que tais, sem informações de que há alguém na família que possa cuidar da criança, essa, ao certo, será levada para abrigo de menores, o que não se recomenda. **Deve-se privilegiar a proteção dos interesses do menor e a garantia da convivência familiar.** 4 - Ordem concedida. (TJ-DF 20170020137392 DF 0014646-53.2017.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 03/08/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 07/08/2017 . Pág.: 156/168).

HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO EM FLAGRANTE. MULHER COM FILHO MENOR DE DOZE ANOS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM CUSTÓDIA DOMICILIAR COM FUNDAMENTO NO ART. 318, CPP. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143641/SP (STF). ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1) No julgamento do HC coletivo n. 143.641/SP, o Supremo Tribunal Federal consolidou 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, com três exceções: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) perpetrados contra os descendentes ou c) situações excepcionalíssimas, devidamente justificadas. 2) Na hipótese dos autos, apesar da gravidade do crime de roubo qualificado, não se pode descuidar da condição especial da paciente ser mãe de uma criança de 3 (três) anos de idade, a qual inequivocamente necessita de seus cuidados, considerando, ainda, que o companheiro da paciente e pai da criança também encontra-se preso, peculiaridades estas, aliadas aos bons antecedentes da paciente, que tornam possível a substituição da prisão cautelar por domiciliar. 3) **Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante.** Precedentes do STJ. 4) Ordem concedida em parte para estabelecer prisão domiciliar à paciente, ressalvada a impossibilidade de deixar sua residência sem autorização judicial. (TJ-AP - HC: 00005934420188030000 AP, Relator: Desembargador ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/04/2018, Tribunal).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a norma do art. 318 do CPP, prescreve que o juiz “poderá” substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, ou seja, não se trata de um direito absoluto da mulher presa, de modo que o juiz, ao verificar os requisitos trazidos pela lei, analisaria no caso concreto a possibilidade de conversão da prisão preventiva para domiciliar.²⁸⁵ Adota também essa perspectiva

²⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 78-79.

Renato Brasileiro, para quem o art. 318 do CPP apenas traz requisitos mínimos a serem complementados por elementos constantes em cada caso concreto.²⁸⁶

Entretanto, como se pode observar dos julgados acima, na prática, não há uma análise apurada do caso concreto para a substituição do regime de prisão cautelar. Os elementos considerados pelos julgadores consistiam, basicamente, em viabilizar o exercício da maternidade de forma mais próxima à criança em respeito ao melhor interesse e prioridade absoluta assegurada constitucionalmente.

Em 2018 o STF, em decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus Coletivo n. 143.641, decidiu, por maioria de votos, conceder a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar às mulheres presas em todo o território nacional na condição de gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência. Para tanto, foram consideradas aquelas que não cometeram crimes com violência ou grave ameaça à pessoa.

Houve, então, uma mudança de paradigma na aplicação da norma, pois se antes parte da doutrina defendia que a substituição do regime de prisão cautelar não era um direito absoluto, com a decisão do STF, passou a ser. O julgamento do Habeas Corpus Coletivo deixou de fazer distinção das condições de cada caso ou das mulheres submetidas à prisão preventiva para que haja a substituição.²⁸⁷

O STF trouxe um novo entendimento para aplicação da norma que, em verdade, reflete um modelo arcaico, afirmando a natural habilidade feminina para o exercício do papel materno e a paternidade como mero provedor ou coadjuvante.²⁸⁸ O julgamento do aludido Habeas Corpus foi equívoco a desprezar a análise multidisciplinar e interprofissional exigida pelo sistema de proteção à criança e ao adolescente regulamentada pelo ECA, de modo que não foi possível verificar se as mães que tiveram a conversão do regime, efetivamente representavam a melhor opção para a criança.

²⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 998.

²⁸⁷ CUNHA, Bárbara N.; SILVA, Caroline F. da; ALEXANDRE, Deivisson; NASCIMENTO, Lorena C. V.; SILVA, Mateus H. da; TEIXEIRA, Renato P. Requisitos à conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar prevista no artigo 318, iv e v, do Código de Processo Penal: análise da decisão proferida pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 143.641/SP em fevereiro de 2018. **Revista Sinapse Múltipla**, v.7. n.2, dez. 2018, p. 253. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/viewFile/18899/14465>. Acesso em: 31 mai. 2019.

²⁸⁸ Ibidem, p. 253-254.

O único critério adotado pelo STF, e que posteriormente foi positivado no art. 318-A, foi a necessidade de a mãe não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou crime contra o filho ou responsável. Nesse sentido os tribunais têm decidido:

HABEAS CORPUS. FURTO. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, DO CPP. CONCESSÃO. Paciente presa em flagrante pelo cometimento, em tese, de crime de furto. Lavrado o auto e remetido a juízo, restou convertida a prisão flagrancial em preventiva. Comprovação, inclusive documental, acerca situação da constricta, gestante e mãe de criança menor de 12 anos de idade, cujo pai, expressamente, declara não possuir condições de assisti-la, sendo a paciente imprescindível aos cuidados da impúbere. Comprovadas as hipóteses do art. 318, IV e V do CPP, autorizando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, mesmo presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, pela reiteração delitiva, até porque **não é imputada à paciente a prática de delito cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, bem assim não foi o ilícito penal cometido contra sua filha ou descendente (art. 318-A do CPP acrescido ao CPP recentemente, através da Lei 13.769 de dezembro de 2018)**. Escólio doutrinário. Precedentes desta Corte e do E. STF (HC 143.641). Prisão domiciliar deferida, nos termos do art. 317 do CPP. ORDEM CONCEDIDA. DEFERIDA À PACIENTE A PRISÃO DOMICILIAR, NOS TERMOS DO ART. 317 DO CPP. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70079951968, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,... Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 30/01/2019). (TJ-RS - HC: 70079951968 RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Data de Julgamento: 30/01/2019, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/02/2019).

Entretanto, o critério adotado pelo STF e pelo CPP mostra-se insuficiente, porque é possível que a mãe corresponda aos requisitos estabelecidos no art. 318-A do CPP mas não represente a melhor opção à criança por motivos não jurídicos e que somente poderiam ser aferidos por uma equipe multidisciplinar em cada caso concreto, a exemplo dos casos de abandono materno ou de mães que mesmo residindo com a prole, mantêm um papel periférico.²⁸⁹

A decisão do STF, em conjunto com a lei processual penal, apenas garante a presença física da mãe com a criança, que não é sinônimo de uma relação de proximidade e cuidado.²⁹⁰

Como o legislador não se preocupou em garantir uma análise aprofundada e interdisciplinar da situação da criança e do adolescente é possível que mesmo a mãe que nunca foi verdadeiramente responsável pelos cuidados com

²⁸⁹ GRANJA, Rafaela; CUNHA, Manuela P.; MACHADO, Helena. Formas alternativas do exercício da parentalidade: paternidade e maternidade em contexto prisional. *Ex aequo*, n.28, n.84, 2013, p.84. Disponível em:<www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n28/n28a07.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁹⁰ Ibidem, loc. cit.

o filho cumpra o regime de prisão domiciliar cautelar, ainda que o filho tenha sido cuidado por familiares ou terceiros. Infere-se disso que a norma processual penal considera a paternidade facilmente substituível.

A relação direta da maternidade com o bem-estar infantil estabelecida pela lei torna a parentalidade um território exclusivo feminino²⁹¹, e que não necessariamente representa a melhor opção para garantir os interesses da criança diante da resignificação das famílias na sociedade. Essa resignificação implica também na nova paternidade, decorrente de uma nova mentalidade e novos costumes que retiram o pai de seu lugar tradicional para passar a fazer parte do cuidado com os filhos.²⁹²

As normas prescritas nos artigos 318, V e 318-A do CPP ao focarem na maternidade como melhor opção para garantir os interesses da infância, não dão espaço ao exercício da paternidade responsável; assim, não há muitas opções para os homens presos que desejam sustentar o papel de pai. Aliado à reestruturação dos tipos de família, está a relação pai-filho baseada no afeto e não apenas no suprimento material. Porém, de pouco serve a mutação de costumes e revisão dos papéis sociais culturalmente estabelecidos, se a lei inviabiliza a concretização dessas mudanças; o homem na prisão não é encorajado à convivência com os filhos, embora seja este um direito da criança.²⁹³

Constata-se que tanto o art. 318, VI quanto o art. 318-A, ambos do CPP, não estão em harmonia com a sistemática de proteção da criança e do adolescente previsto no ECA. A evolução dos costumes junto às mudanças estruturais da família e da sociedade implicou também na evolução da função parental exercida pelo pai que deixou de ser mero provedor para ser mais presente

²⁹¹ CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim; BARCINSKI, Marina. A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática. **Psicologia Social**. Rio de Janeiro, v.15, n.2, 2015, p. 521. Disponível em:<www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/17656>. Acesso em: 23 abr. 2019.

²⁹² Cf. SUTTER, Christina; BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro. Pais que cuidam dos filhos: a vivência masculina na paternidade participativa. **Revista de Psicologia**. Fortaleza, v.39, n.1, jan./mar. 2008, p. 74-82. Disponível em:<dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5161451>. Acesso em 05 jun. 2019.

²⁹³ MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Revista Psico**: Porto Alegre, v. 47, n.4, 2016, p. 310. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/23413/pdf>. Acesso em: 26 mai. 2019.

no contexto familiar; há, portanto, complementariedade e não hierarquia das funções do pai e da mãe.²⁹⁴

²⁹⁴ Cf. BALANCHO, Leonor Segurado Falé. **Ser pai**: transformações intergeracionais na paternidade. *Análise Psicológica*, v. XXII, n.2, 2004, p. 377-386. Disponível em:<repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/5972/1/2004_22%282%29_377.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho restou evidenciado que a norma processual penal que trouxe a hipótese da prisão domiciliar cautelar substitutiva da prisão preventiva falhou em cumprir seu objetivo de viabilizar o melhor interesse da criança nos moldes estabelecidos pelo ECA e pelo texto constitucional.

O CPP trouxe, de forma equivocada, requisitos distintos para a substituição da prisão preventiva do homem preso que é pai de criança de até doze anos de idade, o que não foi observado em relação à mãe. Como foi demonstrado, a lei processual penal partiu da concepção – ultrapassada – da domesticidade feminina para determinar que a melhor opção para concretizar os direitos e garantias da criança é a mãe.

Tanto o art. 318, VI, assim como o art. 318-A do CPP assumem as funções parentais a partir de um modelo de família com “papéis” estritamente delimitados o que não mais se sustenta, haja vista hoje ser possível falar em paternidade responsável que ganha espaço diante da ressignificação de costumes e mudança de pensamento acerca das funções exercidas pelo homem enquanto pai.

O fato de que os homens culturalmente não foram estimulados a assumir uma postura paterna afetiva, não significa que esse entendimento deva ser mantido ou incentivado; o que se busca é justamente o oposto em benefício do direito da criança, que é o objetivo da norma.

Conforme restou demonstrado, a despeito das distinções trazidas pelo Código de Processo Penal, há equivalência no exercício da parentalidade responsável de acordo com o sistema de garantias da infância estabelecida pelo ECA, ou seja, não há no Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer distinção entre os direitos e deveres do pai e da mãe, tal distinção apenas é trazida pelo CPP.

Além disso, verificou-se outro desacerto do legislador, pois foi observado que a aplicação da lei que visa garantir o direito de convivência familiar da criança não considera a situação fática da própria criança; não há preocupação com o contexto em que o infante está inserido ou sequer uma averiguação das particularidades de cada um. Houve apenas uma generalização do que se presume ser a decisão mais favorável à formação dessas pessoas em fase de desenvolvimento: a presença física da mãe.

Há, portanto, persistência na atribuição do “instinto materno” à mulher, o que acaba por marginalizar a atuação do pai, que foi legalmente relegado ao papel de coadjuvante na criação dos filhos.

Depreende-se, então, que a prisão domiciliar cautelar tem sido utilizada como um meio de viabilizar o exercício da maternidade atentar para o fato de que a presença física da mãe não é sinônimo de bem-estar da criança; novamente se verifica a incongruência da norma contida no CPP com o sistema de proteção consagrado pelo ECA.

Tanto é assim que em nenhum momento o CPP faz referência aos métodos já determinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e que são fundamentais à efetivação dos direitos da criança, como a oitiva da criança que pretende averiguar como se dá sua relação com seu responsável.

É de se notar que o Código de Processo Penal ao tentar garantir o direito de convivência familiar criou uma hierarquização do exercício da parentalidade entre homens e mulheres que não encontra amparo na sistemática de proteção da criança e do adolescente regida pelo ECA. Desse modo, não há harmonia entre o direito de convivência familiar constitucionalmente assegurado e a convivência familiar que o legislador se propôs a regulamentar no processo penal.

Entende-se, nesse trabalho, inviável que uma norma que se dispõe a tratar do direito de convivência familiar da criança não tenha conformidade com os direitos e garantias regulamentados pelo ECA, dispensando requisitos imprescindíveis como a necessidade da equipe multidisciplinar ou interprofissional para avaliar a condição da criança e orientar a decisão do magistrado que irá deferir a substituição para o regime de prisão domiciliar cautelar em atenção ao melhor interesse do infante.

Afirma-se, então, a incompatibilidade dos artigos 318, VI e 318-A do CPP em face do sistema de proteção à criança e ao adolescente, uma vez que a norma trazida pelo legislador não traduz os mandamentos estatutários que buscam o melhor interesse da infância.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza da prisão preventiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 103, v. 941, mar. 2014, p. 177-198.

ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.6, n.22, 2013, p. 276-306. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Habeas Corpus Nº 40002629820178040000, .Primeira Câmara Cível. Relator: Sabino da Sila MARques. Julgado em 5 fev. 2017. Disponível em: <[tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526440833/40002629820178040000-am-4000262-9820178040000?ref=juris-tabs](http://am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526440833/40002629820178040000-am-4000262-9820178040000?ref=juris-tabs)>. Acesso em: 20 mai. 2019.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

ÀRIES, Phillipe. **História social da família e da criança**. Trad. Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf>. Acesso em 27 out. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.59, mar./abr. 2006, p. 260-286.

BALANCHO, Leonor Segurado Falé. **Ser pai: transformações intergeracionais na paternidade**. Análise Psicológica, v. XXII, n.2, 2004, p. 377-386. Disponível em: <repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/5972/1/2004_22%282%29_377.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

BARBOSA, Michele Tupich. **Legião brasileira de assistência (LBA): o protagonismo feminino nas políticas de assistência em tempos de guerra (1942-1946)**. 2017. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/48900/R%20-%20T%20-%20MICHELE%20TUPICH%20BARBOSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 29 out. 2018.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: União OAB/MG, 2000, p. 201-2013. Disponível

em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 02 mar. 2019.

_____, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Disponível em:<www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**. v. 28, n.85, jan./abr. 2011, p.67-75. Disponível em:<www.revistapsicopedagogia.com.br/sumario/25>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista eletrônica de Direito Penal**. v.1, ano 1, n.1, jun. 2013, p. 263-273. Disponível em:<www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>. Acesso em 20 mai. 2019.

BULLA, Leonia Capaverde. **Relações Sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro**. Revista virtual textos e contextos. N. 2, ano II, dez. 2003. Disponível em:<revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/947>. Acesso em 29 out. 2018.

BURRI, Juliana. O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 100, n.904, fev. 2011, p. 475-493.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões** (BNMP 2.0). Brasília, DF, 2018. Disponível em:<www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Diário oficial da União, Brasília, 10 de novembro de 1937. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 17.943-A**, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Código de Menores. Rio de Janeiro, 12 de outubro de 1927. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em 15 set. 2018.

_____. **Decreto nº 592** de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Promulga o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Lei nº 4.513** de 1º de dezembro de 1964. Cria a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor. Brasília. 1º dez. 1964. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Lei n. 7.210/1984**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

_____. **Lei 7.960/1989**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a prisão temporária. Brasília, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília. 13 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

_____. **Lei nº 8.242/1991** de 12 de outubro de 1991. Brasília. 12 out. 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. **Lei nº 10.406** de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Brasília. 10 jan. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. **Lei 11.340/2006**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

_____, **Lei n. 12.403/2011**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF, 4 mai. 2011. Disponível

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

_____. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Estatística**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <www.depen.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 425475 – Proc. 07147171420178070000. Impetrante: Renzo Bonifacio Rodrigues Filho e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Min. Sabastiãos Reis Junior. Brasília, DJ 14 mar. 2018. Disponível em:<ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703000889&dt_publicacao=14/03/2018>. Acesso em 25 mai. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Coprus n. 08118995320184050000 – Proc. 08118995320184050000. Impetrante: Kaio Galvão de Castro. Impetrado: Juízo Federal da 32ª Vara Da Seção Judiciária Do Ceará. Relator: Des. Federal Rogério Fialho Moreira. Brasília, DJ 28 set. 2018. Disponível em:<pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=29e95cc4e567739f651a7c1b4acbf1d9> Acesso em: 05 jun. 2019.

CASTRO, Maria Cristina D'Avila de. A adoção em famílias homoafetivas. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2008, p.23-26. Disponível em:<site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

CELESTINO, Sabrina. **Entre a FUNABEM e o SINASE: a dialética do atendimento socioeducativo no Brasil**. 2016. Disponível em:<www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27042/27042.PDF>. Acesso em: 13 set. 2018.

CHAVES, Mariana. Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade. In: **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Minas Gerais, 2013. Disponível em:<s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47617933/ANAIS_PLURALIDADE_E_FELICIDADE.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1559511547&Signature=tnkV7pObTaQ12Q4VQ2n9HsXxu6g%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFAMILIAS_MOSAICO_SOCIOAFETIVIDADE_E_MULT.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CHRISTIANO, Renata Martins; NUNES, Nilza Rogéria de Andrade. Família na Contemporaneidade: os desafios para o trabalho do serviço social. **Revista Em Debate**. Rio de Janeiro, v. 11, 2013.2, p. 32-56.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da, KAYAYAN, Agop, FAUSTO, Ayrton. Do avesso ao direito de menor a cidadão. In: FAUSTO, Ayrton; CERVINI, Ruben. (Orgs.). **O trabalho e a rua: crianças e adolescentes no Brasil urbano dos anos 80**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 9. Disponível em:< biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=10731&tab=opac>. Acesso em 02 mar. 2019.

COSTA, Luhana Karoliny Oliveira; QUEIROZ, Lorena Lauren Chaves; QUEIROZ, Rafaelle Cristina Cruz da Silva; RIBEIRO, Thatiana Silvestre Fernandes; FONSECA, Maíse do socorro Santos. Importância do aleitamento materno exclusivo: uma revisão sistemática da literatura. **Revista de Ciências da Saúde**. São Luis, v.15, n.1, jan./jun 2013, p.39-46. Disponível em:<www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rcisaude/article/view/1920>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CUNHA, Bárbara N.; SILVA, Caroline F. da; ALEXANDRE, Deivisson; NASCIMENTO, Lorena C. V.; SILVA, Mateus H. da; TEIXEIRA, Renato P. Requisitos à conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar prevista no artigo 318, iv e v, do Código de Processo Penal: análise da decisão proferida pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 143.641/SP em fevereiro de 2018. **Revista Sinapse Multipla**, v.7. n.2, dez. 2018, p.251-255. Disponível em:<periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/viewFile/18899/14465>. Acesso em: 31 mai. 2019.

CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim; BARCINSKI, Marina. A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática. **Psicologia Social**. Rio de Janeiro, v.15, n.2, 2015, p. 509-528. Disponível em:<www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/17656>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____, Sabrina Daiana; QUAINI, Rhaíssa Paula; STREY, Marlene Neves. Paternidades encarceradas: revisão sistemática sobre a paternidade no contexto do cárcere. **Psicologia & Sociedade**. Belo Horizonte, 2017, v.29. Disponível em:<www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em:<mariaberenicedias.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. (e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível Nº 70036431088, Quinta Turma Cível. Relator: Josapha Francisco Dos Santos. Julgado em 1 fev. 2017. Disponível

em:<pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 25 mai. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus Nº 1136353. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. João Timóteo. Julgado em 12 nov. 2018. Disponível em:<pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 jun. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus Nº 1036274. Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Jair Soares. Julgado em 03 ago. 2017. Disponível em:<pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 04 jun. 2019.trf

DUPRET, Cristiane. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 3 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

DUBOWITZ, H. et al. *Apud* CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil: revisão da literatura. **Revista Psicologia Escolar e Educacional**, Campinas, v.9, n.2, dez. 2005. Disponível em:<pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572005000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 jun. 2019.

EIZIRIK, Mariana; BERGMANN, David Simon. Ausência paterna e sua repercussão no desenvolvimento da criança e do adolescente: um relato de caso. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v. 26, n.3, 2011, p. 330-336. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/rprs/v26n3/v26n3a10.pdf>. Acesso em 05 jun. 2019.

ELIAS, Roberto João. 3. ed. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

_____. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 7 ed. **Curso de direito das famílias**. São Paulo: Atlas, 2015, v.6.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos jurídicos da intervenção social e psicológica no processo de adoção. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 63, n. 196, out./dez. 2001, p.120-135. Disponível em:<www.revistajustitia.com.br/artigos/y57czc.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019.

FIGUEIREDO, Mauro Teixeira de. **O avesso da violência: o movimento nacional de meninos e meninas de rua e a luta pela cidadania para crianças e adolescentes no Brasil**. 1996. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Federal

de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em:<repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111932>. Acesso em: 01 mar. 2019.
FRANCISCO, Tomás Xavier José. **História dos Direitos da Criança no mundo e em Moçambique**: um estudo sobre a sua evolução. Revista de Ciências Humanas. Florianópolis. Jan/jun 2016, v.50, n.1. p. 64-84. Disponível em:<periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/viewFile/2178-4582.2016v50n1p66/32203>. Acesso em: 21 out. 2018.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do Homem e do cidadão**. Versalhes, 26 de agosto de 1789. Disponível em:<pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 21 mai. 2019.

_____. **Declaração dos direitos Humanos**. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em:<nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

GALVÃO, Mayana Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. Ausência de assistência à gestante em situação de cárcere penitenciário. **Cogitare Enfermagem**. Curitiba, v.18, n. 3, jul./set. 2013, p. 452-459. Disponível em:<www.redalyc.org/pdf/4836/483649281005.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília (UnB), v. 20, n. 2, p. 119-125, 2004. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/8640>. Acesso em: 06 jun. 2019..

GORIN, Michelle Christof; MELLO, Renata; MACHADO, Rebeca Nonato; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. O estatuto contemporâneo da parentalidade. **Revista da Sociedade de Psicoterapias Analíticas Grupais do Estado de São Paulo (SPAGESP)**, v. 16, n.2, p. 3-15. Disponível em:<www.academia.edu/38729392/O_ESTATUTO_CONTEMPOR%C3%82NEO_DA_PARENTALIDADE?email_work_card=thumbnail-desktop>. Acesso em: 30 mai. 2019.

GRANJA, Rafaela; CUNHA, Manuela P.; MACHADO, Helena. Formas alternativas do exercício da parentalidade: paternidade e maternidade em contexto prisional. **Ex aequo**, n.28, 2013, p. 73-86. Disponível em:<www.scielo.mec.pt/pdf/aeq/n28/n28a07.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 21, n.81, p. 107-142.

HINTZ, Helena Centeno. Novos tempos, novas famílias? Da modernidade à pós-modernidade. **Pensando Famílias**. v.3, 2001, p. 8-19. Disponível em:<www.susepe.rs.gov.br/upload/1363010551_hintz_novos_tempos,_novas_fam%C3%ADlias_-_complementar_8_abril.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

JUNIOR, Aury Lopes. 16 ed. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

JUNIOR, Fernando Cunha. Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a posituação penal. Dissonância jurisprudencial. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998, p. 152. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>. Acesso em 05 jun. 2019.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 14 ed. **Curso de Direito Processual Civil**. 2019, v.2, p. 723.

KAMERS, Michele. **As Novas Configurações da Família e o Estatuto Simbólico das Funções Parentais**. Estilos da Clínica (USP), v. XI, p. 108-125, 2006.

LAIA, Sérgio. A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica. In: **Adoção: um direito de todos e todas**. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, 2008, p.33. disponível em: <site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. 3 ed. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 998.

_____. Renato Brasileiro de. 7 ed. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 926.

_____. Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 24, p. 138, jun-jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, v. 14, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ij1nDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=direito+da+crian%C3%A7a+e+do+adolescente+CF+88&ots=kr_gLC_Q8I&sig=F9bdIGrDzg4B0mY2zFLrWmu2YAc#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 13 set. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 5 ed. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**. 2013, v.4, p. 20-23.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. 3. ed. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Revista Psico**: Porto Alegre, v. 47, n.4, 2016, p. 310. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/23413/pdf>. Acesso em: 26 mai. 2019.

MONTENEGRO, Aline Fontenelle de Lima; ROCHA, Lisieux D'Jesus Luzia de Araújo; FRANCILEUDO, Francisco Antonio. Intervenção psicossocial no processo de adoção. **Revista Internacional Política e Cultura Jurídica**. v.9, n.1, jan./abr. 2017, p. 97-118. Disponível em: <www.redalyc.org/html/3373/337349577007/>. Acesso em: 05 jun. 2019.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre, v.18, n.1, jan./abr. 2006, p. 49-55. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Uma proposta de solução urgente para a crise de execução penal no Brasil**. GuilhermeNucci. Disponível em: <www.guilhermenucci.com.br/artigo/uma-proposta-de-solucao-urgente-para-crise-de-execucao-penal-no-brasil> Acesso em: 05 jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Convenção americana de direitos humanos**. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. **O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para**

implementação deste direito. Censo da população infantojuvenil acolhida no estado do Rio de Janeiro. Disponível em:<mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/09_direito.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos humanos.** Disponível em:<nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> Acesso em: 02 nov. 2018.

ORMEÑO, Gabriela Reyes; MAIA, Joviane Marcondelli Dias; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti Albuquerque. Crianças com pais ou mães encarcerados: uma revisão da literatu. **Revista de Psicologia da Criança e do Adolescente.** Lisboa, v.4.n.2, 2013, p.141-161.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. rev., atual. São Paulo: Atlas, 2019.

PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, v.5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 3. ed. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: **V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte, out. 2005. Disponível em:<www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/40.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio.** Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: União OAB/MG, 2000, p. 215-234. Disponível em:<www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 02 mar. 2019.

PEREZ, José Roberto Jus; PASSONE, Eric Ferdinando. **Políticas sociais de atendimento às crianças e adolescentes no Brasil.** Cadernos de Pesquisa. v. 40. n. 140. maio/ago. 2010. p. 649-673. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/cp/v40n140/a1740140>. Acesso em: 29 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 17. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

POLASTRI, Marcellus. 3.ed. **A tutela cautelar no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito e da psicanálise. **Revista Síntese de Direito de Família**, v.13, n.70, fev./mar. 2012, p. 20-50.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. v.2, n.2, 2001, p. 49-67.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTOS, Andréa Marília Vieira. Pais encarcerados: filhos invisíveis. **Psicologia Ciência e Profissão** [online]. Conselho Federal de Psicologia. Brasília, v.26, n.4, 2006, p. 594-603. Disponível em:<www.redalyc.org/articulo.oa?id=282021750007>. Acesso em: 25 mai. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo. **O novo processo penal cautelar**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis. v.12. n.2, mai./ago. 2004, p. 35-50. Disponível em:<periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/339/showToc>. Acesso em: 15 abr. 2019.

SILVA, Chris Giselle Pegas Pereira da. **Código Mello Mattos**: um olhar sobre a assistência e a proteção aos “menores”. Revista em Debate. Rio de Janeiro, 2009, n.8. Disponível em:<www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=14406@1>. Acesso em: 21 out. 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 209-242. Disponível em:<repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/1/Livro_%20Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Pref%C3%A1cio_Notas_biogr%C3%A1ficas_e_sum%C3%A1rio>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SILVA, Gustavo de Melo. **Adolescente em conflito com a lei no Brasil**: da situação irregular à proteção integral. Revista Brasileira de História e Ciências Sociais. v.3 n.5, jun. 2011, p. 33-43. Disponível em:<www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83>. Acesso em: 27 out. 2018.

SILVA, Marcela Barbosa da; STAMATO, Maria Izabel Calil. **Importância da figura paterna no desenvolvimento infantil: uma visão dos pais**. Revista de Estudos e Comunicações da Universidade Católica de Santos. ano 42, nº 116-8. p 149-166. Disponível:<periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/693>. Acesso em: 17 de set. 2018.

SILVA, Maria Gabriela Evangelista Soares da; SANTOS, Nadja Paraense dos. **A Historiografia e a exclusão da História das Mulheres**. In: Congresso Scientiarum

Historia IX, 2016, Rio de Janeiro. Anais do Congresso Scientiarum Historia IX. Rio de Janeiro. v. 1, 2016, p. 1-7.

SILVA, Monica Ferreira; GUZZO, Raquel S. L. Presidiários: percepções e sentimentos acerca de sua condição paterna. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. v.17, n.3 p. 48-59. Disponível em:<pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v17n3/05.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SIMÕES, Fatima Itsue Watanabe; HASHIMOTO, Francisco. Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. **Revista Vozes dos Vales: Publicações Acadêmicas**. Minas Gerais, n.2, ano I, out. 2012, p.6. Disponível em:<site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%C3%A7%C3%B5es-familiares-do-s%C3%A9culo-XX_fatima.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco. **Estudos de Psicologia**. Campinas, vol.29, n.3, jul./set., 2012, p. 437-444. Disponível em:<www.redalyc.org/articulo.oa?id=395335570013>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SOUZA, Tainara de Jesus. **O movimento nacional de meninos e meninas de rua e a conquista dos direitos: o marco do Movimento Social em prol da garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. In: III Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais, 2013, Belo Horizonte. Disponível em:<www.cress-mg.org.br/arquivos/simpósio/O%20MOVIMENTO%20NACIONAL%20DE%20MENINOS%20E%20MENINAS%20DE%20RUA%20E%20A%20CONQUISTA%20DOS%20DIREITOS.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2019.

SUTTER, Christina; BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro. Pais que cuidam dos filhos: a vivência masculina na paternidade participativa. **Revista de Psicologia**. Fortaleza, v.39, n.1, jan./mar. 2008, p. 74-82. Disponível em:<dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5161451>. Acesso em 05 jun. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5.

_____, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em:<pt.scribd.com/document/67155244/Novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro-Flavio-Tartuce>. Acesso em 14 mar. 2019.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Apelação Cível Nº AP 0009106-03.2016.827.0000. Segunda Câmara Cível. Relator: Ângela Prudente. Julgado em 8 jun. 2016. Disponível em:<jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta?q=AP+0009106-03.2016.827.0000>. Acesso em: 25 mai. 2019.

UNICEF - Fundo das Nações para a Infância. **Situação Mundial da Infância**. 2009. Disponível em:<www.unicef.org/brazil/pt/sowc_20anosCDC.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

VASCONCELOS, Tânia Mara Pereira. A perspectiva de gênero redimensionando a disciplina histórica. **Revista Ártemis**, n.3, dez. 2005, p. 2. Disponível em: <www.periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/2208/1947>. Acesso em: 25 mai. 2019.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.21, mai. 1979, p. 400-418. Disponível em: <www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso em: 22 abr 2019.

ZANOTTO, Arlene Boff; BERTANI, Bianca Corbellini. Monitoramento eletrônico: uma possibilidade de pena alternativa à prisão. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 5, n. 2, 2013, p. 97-110.