

## O encarceramento feminino: a criança na sala da justiça criminal

### *Female incarceration: the child in the criminal justice room*

### *Encarcelamiento femenino: lo niño en la sala de justicia penal*

Marcelo Berdet<sup>1</sup>  
Universidade de Brasília

Submissão: 08/05/2023

Aceite: 10/11/2023

"De fato e que faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal a demonstrar a inevitabilidade de sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa -, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar a mãe que sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole. "  
(Trecho de uma decisão)

#### Resumo

A adição do Marco Legal da Primeira Infância, as alterações no artigo 318 do CPP e o Habeas Corpus 143.641, reunidos, representam um desafio ao sistema de justiça criminal, ao trazer padrões alternativos de sentença para as mães de crianças até 12 anos e gestantes. A proposta desse estudo é o exame intrassistêmico das antinomias – interpretativas - com relação aos usos e os efeitos jurídicos dos dispositivos legais concernentes à concessão da prisão domiciliar para mães e gestantes privadas de liberdade. Metodologicamente, o estudo rastreou os processos discricionários com relação à tomada de decisão para a concessão ou não do benefício, e permitiu o estabelecimento de correlações significativas e inferências mais amplas sobre os mecanismos causais à decisão. Verifica-se o caráter pendular do melhor interesse da criança, alicerçado na inconformidade com a diretiva da inovação legal e jurisprudencial. Em outros termos, o ingresso da criança no processo decisório simultaneamente afirma e nega direitos. A revisão judicial sobre o direito a maternidade na tomada de decisão expõe os desacordos sobre a interpretação da norma, nos quais a criança assume um aspecto agravador ou favorável. Assim sendo, é razoável assumir o ingresso da criança como uma causa penológica, e uma antinomia interpretativa que implica em estimar o alcance incondicional da punição tomando os aspectos objetivos e subjetivos do caso concreto.

### Palavras-chave

Criança - Mãe - Prisão domiciliar - Melhor Interesse da Criança - Discricionariedade - Decisão.

### Abstract

The addition of the Legal Framework for Early Childhood, amendments to article 318 of the CPP and Habeas Corpus 143,641, together, represent a challenge to the criminal justice system by bringing alternative standards of sentences for mothers of children up to 12 years of age and pregnant women. The purpose of this study is the intra-systemic examination of the - interpretative - antinomies concerning the uses and legal effects of the legal provisions concerning the granting of house arrest for mothers and pregnant women deprived of liberty. Methodologically, the study tracked the discretionary processes of decision-making to grant or not the benefit and allowed the establishment of significant correlations and broader inferences about the causal mechanisms for the decision. The pendular aspect of the best interest of the child relies upon non-compliance with the directive of legal and jurisprudential innovation. In other words, the child's entry into the decision-making process simultaneously affirms and denies rights. The judicial review of the right to maternity in decision-making exposes disagreements about the interpretation of the norm, in which the child assumes an aggravating or favourable aspect. Therefore, it is reasonable to understand the child as a penological cause and an interpretative antinomy that implies estimating the unconditional scope of the punishment by taking the objective and subjective aspects of the concrete case.

### Keywords

Child - Mother - House arrest - Best interest of the child - Discretion - decision.

### Resumen

La incorporación del Marco Legal para la Primera Infancia, las reformas al artículo 318 del CPP y el Habeas Corpus 143.641, en conjunto, representan un desafío al sistema de justicia penal, al traer estándares alternativos de pena para madres de niños hasta los 12 años de edad y mujeres embarazadas. El objeto de este estudio es el examen intra-sistémico de las antinomias -interpretativas- en relación con los usos y efectos jurídicos de las disposiciones legales relativas a la concesión de la prisión domiciliaria a las madres y mujeres embarazadas privadas de libertad. Metodológicamente, el estudio acompañó los procesos discrecionales con relación a la toma de decisiones para otorgar o no el beneficio, y permitió establecer correlaciones significativas e inferencias más amplias sobre los mecanismos causales de la decisión. Se verifica el carácter pendular del interés superior del niño, a partir del incumplimiento de la directriz de innovación jurídica y jurisprudencial. En otras palabras, la entrada del niño en el proceso de toma de decisiones afirma y niega derechos simultáneamente. El control judicial del derecho a la maternidad en la toma de decisiones expone discrepancias sobre la interpretación de la norma, en la que el hijo asume un aspecto agravante o favorable. Por tanto, es razonable suponer la admisión del hijo como causa penológica, y una antinomia interpretativa que implica estimar el alcance incondicional de la pena, tomando los aspectos objetivos y subjetivos del caso concreto.

### Palabras clave

Niño - Madre - Arresto domiciliario - Interés superior del niño - Discrecionalidad - Decisión

## Sumário

Introdução. Abordagem Metodológica. O processo discricionário na tomada de decisão. A criança na sala da justiça criminal: uma antinomia interpretativa. Considerações Finais.

## Introdução

O crescimento do número de mulheres encarceradas é um fenômeno global (SCHRAM, 1999; RADOSH, 2002; DERKZEN; TAYLOR, 2013; GOLDEN, 2005; ELJDUPOVIC; BROMWICH, 2013; VAINIK, 2008; ELMALAK, 2015; SLEED et al., 2013; CRAIG, 2009; FRITZ; WHITEACRE, 2016; ALBERTSON et al., 2014), principalmente, devido à guerra às drogas e as sentenças mínimas mandatórias. O que mitiga a discricionariedade do juiz com relação às responsabilidades familiares e os cuidados maternos para decidir entre a privação da liberdade ou alternativas à prisão às mães sentenciadas pela justiça criminal. Nesse cenário, as mulheres são duplamente condenadas, criminalmente como infratoras e socialmente como péssimas mães. Entretanto, regularmente, suas histórias revelam uma condição de pobreza e situações de abuso, violência e dependência econômica que levam as mulheres ao crime. Segundo Wildeman (2009, p. 265), em seu estudo sobre a concentração de desvantagens na infância, o encarceramento feminino em massa promove o surgimento de uma nova forma de vulnerabilidade à infância pobre e mais frequentemente para as crianças negras.

A experiência da primeira infância (0 a 6 anos) tem impacto duradouro ao longo da vida, e crucial para a posterior funcionalidade do adulto. Portanto, o encarceramento feminino prejudica o desenvolvimento emocional, psicológico, intelectual e social da criança pela dissolução do vínculo materno. Porque, como regra geral, a mãe é a principal cuidadora. Assim, as sentenças de privação da liberdade têm um considerável e subestimado impacto no relacionamento entre as mães encarceradas e as suas crianças. A ênfase no encarceramento sobre a punição na comunidade, e a decisão de cumprimento da pena em prisões longe das famílias, significa que os pais estão fisicamente separados de seus filhos e filhas, e é extremamente difícil manter o vínculo parental (POJMAN, 2001; ELMALAK, 2015; HUNTINGTON, 2017; MACKIE et al., 2019).

No Brasil, o aumento do encarceramento feminino exigiu a formulação de políticas públicas às mulheres privadas de liberdade, incluindo a assistência pré-natal às

gestantes. De acordo com Leal et al. (2016, p. 2067) as gestantes encarceradas não se beneficiam da Lei n.º 11.634/2007 que assegura à mulher a vinculação a uma maternidade e a garantia de uma vaga para o parto. Assim como, da Lei n.º 11.108/2005 que garante a presença de um acompanhante de livre escolha na maternidade. Nessa perspectiva, Amaral e Bispo (2016, p. 52-54) enfatizam os avanços da Lei n.º 11.942/2009, que assegurou o acompanhamento médico às gestantes encarceradas e extensivo ao recém-nascido, e também berçários e creches nas unidades prisionais. As Resoluções n.º 4 de 2009 e n.º 9 de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) recomendam a separação gradual entre a mãe e o bebê. Desse modo, corroborando a determinação da Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), a Resolução n.º 14 de 1994 do CNPCCP, a Portaria MS/MJ n.º 1.777 de 2003 (Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário) que dispõem sobre a saúde da mulher, programa pré-natal, parto e puerpério, obrigatoriedade de local para amamentação, berçário e creche. Por outro lado, Cardoso e Gonzaga (2019, p. 357-358) afirmam que a gestão prisional não consegue fazer valer os dispositivos da Lei n.º 11.942/2009, destacando que “não há acompanhamento médico regular para mulher e a criança, não há berçário ou creche de fato, sim improvisações”.

Baseado em dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), precisamente do sistema de informações Infopen<sup>2</sup> - base junho/2020 -, e considerando as unidades prisionais classificadas como exclusivamente femininas (113): 33,6% (38) responderam não ter condições de informar o número de filho/filhas da população encarcerada; 21,2% (24) responderam que sim para parte das mulheres encarceradas; e 45,1% (51) para todas as mulheres encarceradas. Com respeito as crianças vivendo atrás das grades com suas mães, 58,4% (66) das unidades femininas no país compartilhavam esta experiência. Especificamente, as respostas informaram 52 crianças vivendo atrás das grades com a seguinte distribuição por faixa etária: 44,2% (23) de 0 a 6 meses, 11,5% (6) acima de 6 meses a 1 ano, 17,3% (9) de 1 a 2 anos, 11,5% (6) de 2 a 3 anos e 15,4% (8) acima de 3 anos - verifica-se a prevalência da primeira infância. Os dados indicaram o número de 40 gestantes e/ou parturientes e 64 lactantes, respectivamente, em 64,6% (73) e 56,6% (64) das unidades prisionais. Ainda mais, informaram que 49,6% (56) não tem cela/dormitório adequado para gestantes, 48,7% (55) que sim e 1,8% (2) não responderam. Com relação à existência de berçário

e/ou centro de referência materno-infantil, 61,1% (69) afirmaram não possuir o serviço, 37,2% (42) declararam possuir e 1,8% (2) não responderam. No que se refere a existência de creche nas unidades prisionais, somente 10,6% (12) declararam possuir creche. Dentre aquelas unidades prisionais que declararam possuir creche, 33,3% (4) tem capacidade para atender até 10 crianças, 41,7 (5) para atender entre 11 e 20 crianças e as demais para atendimento acima de 20 crianças.

Os principais fundamentos para existência de berçários e creches nas prisões seriam o bem-estar, o desenvolvimento integral e o **melhor interesse da criança**, e também as longas sentenças das mães. A Lei n.º 11.942/2009 estabelece o período, mínimo, de 6 meses para permanência de crianças em berçários nas prisões, e a Resolução n.º 4 de 2009 do CNPCP o período de até 18 meses. Ventura et al. (2015, p. 613) ressaltam que a Resolução n.º 9 de 2011 do CNPCP reforça a importância de uma adequada arquitetura para berçários e creches nas prisões. Braga (2015, p. 532-533) argumenta que tal política penal se mantém na formalidade, pontualmente localizada e dependente da discricionariedade da gestão prisional. Os críticos argumentam que berçários e creches dentro das instalações prisionais não atendem o **melhor interesse da criança**, apesar da abordagem bem-estarista e a preservação do vínculo materno. O ambiente de uma prisão é estressante e restritivo, assim, a interação mãe-criança no cárcere não seria suficiente para promover as habilidades psicoemocionais necessárias no desenvolvimento integral de uma criança. Considerando, as restrições estruturais das creches, as péssimas condições sanitárias, a superlotação, a ausência da figura masculina e a socialização comunitária.

Diwana et al. (2017, p. 740) afirmam que a amamentação e o vínculo materno são usados como argumentos para manter as mães e suas crianças nas unidades prisionais, e assim, desconsiderando as medidas cautelares e a prisão domiciliar substituindo a prisão preventiva - Lei n.º 12.403/2011 e Lei n.º 12.962/2014. Nesse sentido, a existência de berçários e creches como uma política penal, sustentada no entendimento da amamentação como a principal resposta para geração e a preservação do vínculo materno, necessariamente não atenderia o **melhor interesse da criança**. Convergentemente, Teixeira e Oliveira (2016, p. 30) destacam a adição da [Lei n.º 13.257/2016](#) (Marco Legal da Primeira Infância) na legislação como um instrumento legal “à questão da maternidade na prisão” e a possibilidade da prisão domiciliar. O

Marco Legal da Primeira Infância expressamente promove o ingresso da criança (particularmente, a primeira infância) e da maternidade no sistema de justiça criminal, embora a criança não seja o sujeito a ser protegido na persecução penal.

No curso das garantias à convivência da criança com a mãe na esfera da justiça criminal, a Lei n.º 13.769/2018 alterou o Código de Processo Penal (CPP), artigo 318-A, que dispõe sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar às gestantes e mães com crianças até 12 anos. Conforme o artigo 318-A, o deferimento da prisão domiciliar às mães e gestantes deve ocorrer quando o crime for cometido sem violência ou grave ameaça (inciso I), e não for cometido contra descendente ou dependente (inciso II). O artigo 318-B não impede a prisão domiciliar concomitantemente com as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Os três artigos podem ser interpretados como fundamentos para que o sistema de justiça criminal aborde de forma diferente as mães infratoras, quando se trata de decidir sobre a privação da liberdade (RAVAGNANI et al., 2019; WERMUTH; NIELSON, 2019; BACKES e LOPES, 2019).

Em 2018, a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou o Habeas Corpus coletivo n.º 143.641 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), em favor de mães e gestantes privadas de liberdade. Ravagnani et al. (2019, p. 130-131) salientam que o Habeas Corpus coletivo enfatizou o caráter sistemático das violações constitucionais com relação à “dignidade da pessoa humana, individualização da pena e limitação de penas cruéis”. Por maioria de votos, a 2ª Turma do STF concedeu a ordem à substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres encarceradas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças até 12 anos, e/ou pessoas com deficiência sob sua guarda. Segundo, Wermuth e Nielson (2019, p. 202) as alterações na legislação expressam “o princípio da intranscendência (ou pessoalidade) da pena”. Além dos incisos I e II do artigo 318-A do CPP como condição para a concessão da prisão domiciliar, o STF acresceu as **situações excepcionalíssimas** para o indeferimento, desde que devidamente fundamentadas.

Simas et al. (2015, p. 558-564) informam que o tráfico de drogas (crime hediondo) é o principal impedimento ao benefício da liberdade provisória ou concessão de fiança. Franklin e Braga (2016, p. 355-357) argumentam que o indeferimento da prisão domiciliar às mães e gestantes está sustentado na “maternidade irresponsável” e

a “ameaça moral a integridade de seus filhos”. Ainda, as autoras destacam que o **melhor interesse da criança** “se sobrepõe, ou mesmo, anula os interesses e direitos da mãe.” Em contrapartida, Simas et al. (2018, p. 468), em pesquisa no Rio de Janeiro, observaram que nas audiências de custódia três-quartos das rés gestantes responderam o processo em liberdade. Por outro lado, o estudo de Ravagnani et al. (2019, p. 137-138) no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indica “a relutância em conceder prisão domiciliar às mães e gestantes encarceradas, pois apenas 15% (quinze por cento) dos *Habeas Corpus* impetrados foram deferidos”. Nesse cenário, o estudo de Refosco e Wurster (2019, p. 406-407, 421) sobre as decisões proferidas pelo STF relativas aos *habeas corpus* às mães de filhos menores de 12 anos ou gestantes, apresenta as seguintes justificativas ao indeferimento: a) a “falta de prova da imprescindibilidade dos cuidados da mãe”; b) a exigência “que a mãe comprove que as condições da unidade prisional não são adequadas”; c) o “tráfico de drogas constitui, por si só, negligência materna”. Ademais, pode-se somar as justificativas para denegação do *Habeas Corpus* a garantia da segurança e a ordem pública, e a reincidência.

A adição do Marco Legal da Primeira Infância, as alterações no artigo 318 do CPP e o *Habeas Corpus* 143.641, reunidos, representam um desafio ao sistema de justiça criminal, ao trazer padrões alternativos de sentença para as mães de crianças até 12 anos e gestantes. Desse modo, o ingresso da criança, e conseqüentemente da maternidade, na sala da justiça criminal suscita questões imediatas ao direito penal: a separação da mãe e a sua criança necessariamente como parte indesejável da punição, e a inclusão da criança como um aspecto parametrizador da decisão judicial. Considerando, a idade da criança, a infração cometida, o tempo da pena, a avaliação psicossocial da mãe, a cessação do vínculo materno como resposta ao **melhor interesse da criança** e a avaliação de que a prisão não é o ambiente para o desenvolvimento integral de uma criança (BRAGA; FRANKLIN, 2016; VAINIK, 2008; SEYMOUR, 2017).

Estatisticamente o encarceramento é masculino, assim, a proporção de mães encarceradas é pequena, o que explicaria o sistema de justiça criminal como refratário a maternidade da mulher encarcerada. Igualmente, o sistema prisional atribui às mães encarceradas o uso deliberado da criança para ter melhores condições na prisão. De acordo com o estudo de Leal et al. (2016, p. 2067) a afirmação de que as mulheres engravidam para garantir privilégios “não é verdadeiro, pois quase a totalidade delas já

estavam grávidas quando foram presas”, da amostra de 241 mulheres gestantes encarceradas somente 28 engravidaram na prisão. Criminalmente, o processo de categorização como mulher infratora é mais importante do que as suas características individuais, acompanhado por uma idealização da maternidade. As mulheres encarceradas são péssimas mães. Conseqüentemente, o encarceramento extingue direitos individuais, particularmente os direitos parentais, pela imposição de restrições inegociáveis à comunicação e ao relacionamento mãe-criança. No campo penal, para a mãe ou gestante encarcerada prevalece a infração cometida e a punição imposta, e habitualmente, as necessidades da criança são ignoradas (SCHRAM, 1999; ELJDUPOVIC; BROMWICH, 2013; BRAGA, 2015; MIGNON; RANSFORD, 2012; BRODIE, 1982; ELMALAK, 2015).

A punição penal às mulheres tem implicações no seu direito reprodutivo e parental, e frequentemente os dispositivos legais têm pouco efeito com relação à garantia de uma gravidez saudável e a preservação do vínculo materno durante o cumprimento da sentença. A proposta desse estudo é o exame intrassistêmico das antinomias – interpretativas<sup>3</sup> - com relação aos usos e os efeitos jurídicos dos dispositivos legais concernentes à concessão da prisão domiciliar para mães e gestantes privadas de liberdade. Por outra perspectiva, busca analisar o reconhecimento das garantias de convivência e a preservação do vínculo materno para além do plano formal. A questão orientadora da investigação é: compreender a operacionalidade da decisão discricionária, os usos dos tecnicismos legais, os argumentos que sustentam o deferimento ou indeferimento da prisão domiciliar. Portanto, avaliar o potencial e os limites da legislação e do Habeas Corpus 143.641 na decisão judicial com respeito a manutenção da privação da liberdade ou a concessão do benefício.

## Abordagem Metodológica

A decisão judicial é o resultado do discernimento das disposições penais gerais, das circunstâncias e os elementos fáticos relacionados a infração e a infratora. Apesar, dos esforços institucionais e jurisprudenciais, para constância e consonância na aplicação da lei, a discricionariedade do juiz exerce notável influência na arbitragem da decisão. Dessa forma, a tomada de decisão diz respeito à análise de leis, artigos,



parágrafos e incisos, ponderados como critérios e diretrizes relacionados ao exercício da discricionariedade.

Ordinariamente, a discricionariedade na justiça criminal é operada por abordagens e interpretações relacionadas à finalidade da pena. O parâmetro é a infração, que é avaliada e classificada com relação a sua gravidade, além do grau de culpabilidade e periculosidade inculcados à infratora. Nesse sentido, o ingresso da criança na justiça criminal, como uma circunstância jurídica e um elemento fático, pode ser examinado como um aspecto agravador ou favorável para a interpretação do potencial e limites da legislação penal pertinente à prisão domiciliar para mães e gestantes.

Metodologicamente, este estudo rastreou os processos discricionários com relação à tomada de decisão para a concessão ou não da prisão domiciliar, de modo consequente, permitiu o estabelecimento de correlações significativas e inferências mais amplas sobre os mecanismos causais à decisão. Portanto, uma abordagem interativa que descreve como a interpretação de um conjunto de leis, artigos, incisos e a jurisprudência está conectada a uma ajustada resolução. Além disso, o estudo apresenta a frequência e a distribuição dos resultados acerca da concessão do benefício na amostragem pesquisada (BEACH, 2017).

### Amostragem

A amostragem de rastreamento considerou cada decisão judicial, individualmente, como dados empíricos concretos. O grupo-alvo para composição da amostra foi definido como a mãe e a sua criança no espaço da justiça criminal, e o descritor empregado para pesquisa aleatória de jurisprudência nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça (TJ) foi: prisão domiciliar para mãe e/ou gestante. Nessa perspectiva, foram analisadas 158 decisões judiciais sobre a substituição da privação da liberdade pela prisão domiciliar às mulheres encarceradas com filhos até 12 anos. As decisões judiciais compreendem prisões preventivas e sentenças condenatórias; habeas corpus, apelações, agravos e recursos. Considerando, o período de 2016 a 2021 e as 27 Unidades da Federação.

### Análise dos dados

O enfoque em relação ao grupo-alvo conduziu a análise, ativando duas ordens de fundamentos legais que exigem interpretação à tomada de decisão: o diferenciado

tratamento processual à mãe infratora e o **melhor interesse da criança**. O grupo-alvo permitiu uma clarificação dos requisitos legais, e discricionários, considerados na elaboração de uma decisão sobre a concessão ou não da prisão domiciliar. Assim, a análise dos dados enfatizou a revisão judicial da legislação e orientação jurisprudencial, abrangendo as interações interpretativas e os significados cognatos - idênticos, semelhantes ou correlatos - em relação à infração penal, a infratora, a criança, a maternidade e o vínculo materno. O resultado foi delineamento e uma ilustração da discricionariedade judicial com relação ao emprego da legislação referente à concessão ou denegação da prisão domiciliar às mães infradoras. As decisões judiciais foram examinadas enquanto dados empíricos relativamente à habilitação e operação dos dispositivos legais que norteiam a discricionariedade do decisor. Em outras palavras, as interações interpretativas e os significados cognatos sintetizam explicitamente como a revisão judicial da legislação e orientação jurisprudencial são empregadas no exercício da discricionariedade.

### Apresentação dos dados

O programa Nvivo para análise de dados qualitativos gerou matrizes de temas, constituídas por trechos das decisões judiciais. Em outras palavras, blocos de textos agregados por densidade das ocorrências e reiteração das associações contextuais de linguagem - palavras, leis, artigos, incisos, expressões e percepções próprias ao grupo-alvo -, compreendidos e articulados como interações interpretativas e significados cognatos à tomada de decisão. Cada bloco de textos, sumariamente, constitui as interpretações gerais da justiça criminal sobre o ingresso da criança no âmbito da sua autoridade. Os quadros analíticos exibidos na próxima seção, ordenados por uma parametrização binária - deferimento ou indeferimento -, descrevem efetivamente o processamento e a conformação da decisão. Além disso, os quadros são fontes de comparação e vetores de análise relacional, mostram a intertextualidade dos padrões de decisão discricionária e as correlações entre padrões interpretativos.

### O processamento discricionário da tomada de decisão

Considerando-se a amostragem deste estudo, a concessão da prisão domiciliar foi deferida em 34% (54) das decisões judiciais analisadas. Um resultado superior comparado ao estudo de Ravagnani et al. (2019, p. 137-138), no qual a prisão domiciliar

foi concedida apenas a 15% das mães e gestantes<sup>4</sup> encarceradas. O tráfico de drogas mostrou-se a infração penal prevalente, 59% (93) dos casos, e uma situação excepcionalíssima para o indeferimento ao benefício. Notadamente, a traficância na residência familiar foi compreendida como uma excepcionalidade nos termos do artigo 318 do CPP e Habeas Corpus 143.641. Um dado congruente com o entendimento de Azevedo e Martil (2017, p. 37), que retratam o “tráfico de drogas como uma infração moral e legalmente desprezível e a manutenção da ordem pública” como sustentação à “manutenção da privação de liberdade para gestantes e mães de crianças até 12 anos de idade”.

O Marco Legal da Primeira Infância foi mencionado somente em 32% (50) das decisões judiciais, embora, crianças na faixa etária de 0 a 6 anos compreendam 52,5% (83) dos casos. Portanto, 68% (108) das decisões não citaram a Lei n.º 13.257/2016, e nesse agrupamento 84% (91) tiveram o benefício negado. Além disso, não há registro da idade da criança em 37% (59) das decisões analisadas. Assim, verifica-se a baixa aderência da lei na tomada de decisão sobre a concessão da prisão domiciliar.

As interações interpretativas, os significados cognatos, e o ordenamento das normas jurídicas no processamento da tomada de decisão são apresentados na sequência de quadros analíticos nesta seção. O quadro 1 mostra a assimilação, pelos julgadores, das inovações pertencentes a prisão domiciliar decorrentes do Marco Legal da Primeira Infância. Examinando, a eficiente persecução penal e a proteção integral da criança.

Quadro 1. Marco Legal da Primeira Infância.

Deferimento	Indeferimento
" No Brasil, o <b>Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016)</b> normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos- nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal. (...) Na condição de gestante e de mãe de criança, <b>nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição.</b> "	"As inovações trazidas pela Lei <b>13.257/2016</b> (...), mas <b>não tem o condão de obrigatoriamente</b> se adotar tal providência diante da configuração de tal situação."
"A nova redação do art. 318, V, do Código de Processo Penal (...), veio à lume com o fito de assegurar a máxima <b>efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança</b> e adolescente (...)."	"Não obstante os comandos emanados pelas Regras de Bangkok e pelas recentes alterações legislativas (incluindo o Estatuto da Primeira Infância) em casos similares <b>este Juízo já havia decidido pela impossibilidade de concessão de prisão domiciliar.</b> "

Deferimento	Indeferimento
<p>"Nesta senda, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na <b>proteção à maternidade e à infância</b>, como também na dignidade da pessoa, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor."</p> <p>"É o reconhecimento de que ao lado, e talvez acima, dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade, também é de suprema importância a <b>atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes.</b>"</p>	<p>" (...) <b>incumbe à interessada comprovar que não há nenhuma outra pessoa que possa cuidar do filho</b> de até 12 anos de idade incompletos. Logo, <b>se houver familiares (v.g., avó, tia, pai)</b> em liberdade que possam ficar responsáveis por esse filho, <b>não há porque de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.</b>"</p> <p>"Transpondo ao pleito de prisão domiciliar (ponto ii), a <b>alteração legislativa do Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016)</b> e da Lei 13.769/18 (318, V, 318-A e 318-B do CPP), <b>nunquam pode ser tomada em termos absolutos (...).</b>"</p>

Fonte: Sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça.  
Grifo nosso

O quadro 1 informa as respostas discricionárias às mudanças promovidas pelo Marco Legal da Primeira Infância, na persecução penal à mulher com crianças até doze anos. Ainda mais, demonstra como a justiça criminal é empreendida por uma racionalidade autoreprodutiva e autorreferencial, que só admite influências externas em seus próprios termos. Nesse sentido, a admissão da criança e a maternidade no processo penal - artigo 318, inciso V -, é incorporada como uma circunstância judicial conforme o artigo 59 do CPP. Circunstância expressa na lei como uma situação que acompanha a mulher infratora, e funciona como orientação à decisão discricionária. Contudo, a preservação do vínculo materno não se coloca como uma oportunidade à justiça criminal para romper com o ciclo de privação da convivência familiar das mães encarceradas com as suas crianças. Não parece haver um efeito abrangente e sistemático das alterações na legislação penal, originadas pela Lei n.º 13.257/2016, em relação aos seus objetivos.

O mero reconhecimento da inovação legal não elimina a discricionariedade judicial, e tampouco garante a concordância irrefutável com relação ao papel central da mãe no desenvolvimento integral da criança. Por esse ângulo, a tomada de decisão diz respeito a confirmação ou rejeição dos direitos reprodutivos e parentais das mulheres encarceradas. Essencialmente, assegurar ou não a convivência da criança com a mãe infratora. A partir dessa contraposição, pode-se arguir uma discordância sobre a decisão que melhor se ajusta as normas, por meio de linhas traçadas entre o literal e o substantivo da legislação. De acordo com Brodie (1982, p. 686), a oposição está em

consentir ou não que as relações domésticas de mães “condenadas criminalmente deveriam ser governadas pelas regras aplicadas aos cidadãos livres, a prisão seria razão suficiente para cessação dos direitos parentais.”

Portanto, verifica-se a existência de uma antinomia interpretativa na medida em que duas ordens conflitantes são ponderadas ao se proferir um juízo, a sociedade e a criança. O Habeas Corpus coletivo 143.641 apresenta o mesmo dilema, que é a extensão do seu alcance em conceder a prisão domiciliar com base em preocupações sobre o direito a maternidade ou uma gravidez saudável e o desenvolvimento integral da criança. Em comparação ao Marco Legal da Primeira Infância, o habeas corpus coletivo foi mais citado nas decisões judiciais, em 72% (114) dos requerimentos. O indeferimento na faixa etária de 0 a 6 anos foi de 57% (35), e quando não há informação sobre a idade da criança e somente a indicação da jurisprudência, foi de 79% (33). Assim, a referência ao habeas corpus também não se apresenta como um preditivo para a concessão do benefício.

O quadro 2, refere-se à aplicação da jurisprudência, considerando a configuração da situação excepcionalíssima como fundamento legal para não concessão da prisão domiciliar no caso concreto.

Quadro 2. Habeas Corpus coletivo 143.641 e a situação excepcionalíssima.

Deferimento	Indeferimento
<p>"(...) há prova documental de que a paciente possui <b>dois filhos menores de 12 anos (...)</b>, constatada a ordem emanada de habeas corpus coletivo, o que conduz a suficiência de concessão do benefício, (...) a substituição revela-se de rigor."</p>	<p>"Todavia, a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo (...). O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei <b>não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais.</b>"</p>
<p>"O referido dispositivo legal deve ser interpretado com base na <b>primazia dos interesses da criança (...)</b>."</p>	<p>"O simples fato de a paciente <b>possuir filho menor de doze anos de idade não importa</b>, automaticamente, na concessão da sua prisão domiciliar, (...)."</p>
<p>"(...) cifrada na significativa quantidade de droga apreendida (...), não me parece tratar-se de 'situação excepcionalíssima' a ponto de justificar a mitigação da decisão do Supremo Tribunal Federal (...), valendo ressaltar que a recorrente é mãe de <b>cinco filhos, três deles menores de 12 anos de idade (4, 9 e 11 anos (...))</b>."</p>	<p>"(...) a decisão do STF (...), que reconheceu a possibilidade de <b>denegação da prisão domiciliar em "situações excepcionálissimas"</b>, mediante fundamentação. Nesta ressalva <b>é possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardam acentuada gravidade.</b>"</p>
<p>"Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve</p>	<p>"Como se depreende dos autos, há indícios de que a paciente tem, <b>reiteradamente,</b></p>

---

<b>Deferimento</b>	<b>Indeferimento</b>
<p>continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, <b>efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.</b>"</p> <p>"(...) pela substituição de sua prisão preventiva por domiciliar, <b>sob o fundamento de que é mãe de criança que depende de seus cuidados maternos</b>, nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP."</p>	<p><b>praticado o odioso narcotráfico em sua própria residência</b>, sujeitando os infantes a um ambiente perigoso e impróprio para seu desenvolvimento."</p> <p>"(...) a autuada estava <b>praticando a traficância, em tese, em sua residência</b>, local em que deve residir com seus filhos, dado o seu propósito de lá permanecer para deles cuidar", tudo a revelar <b>o risco concreto de reiteração delitiva</b>, sendo, portanto, recomendável a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública."</p>

---

Fonte: Sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça.  
Grifo nosso

A disparidade interpretativa com relação à jurisprudência compreende não apenas o desacordo entre a determinação do tratamento distinto às mães e gestantes encarceradas, mas também o entendimento da traficância como uma situação excludente à concessão da prisão domiciliar. O tráfico de drogas na residência e o risco de reincidência são avaliados como desfavoráveis a convivência familiar. Existe uma disjunção no que diz respeito à suficiência da reivindicação causal para cessação da privação de liberdade. Por um lado, a condição de ser mãe de crianças menores de 12 anos, e o crime cometido sem violência ou ameaça, ou contra seus descendentes. Por outro lado, a salvaguarda da persecução penal por traficância e a ameaça à ordem pública. Portanto, a leitura textual do quadro 2 demonstra dois processos decisórios e mecanismos causais distintos. O primeiro, em essência, refere-se as reivindicações causais factuais sustentadas na jurisprudência. O segundo tem relação com às infrações graves cometidas por mulheres engajadas em atividades ilícitas, o malfeito que liga as causas aos resultados qualificados nos casos concretos. Ambos, apresentam uma posição interpretativista que constrói e reconstrói o caso concreto. As distinções centrais são: há uma abstração afirmada no Habeas Corpus coletivo 143.641 das causas à concessão da prisão domiciliar do tipo sistemático-linear; e a análise concreta sobre como reivindicações contrafactuais de excepcionalidade e causalidade têm implicações no processo decisório.

Embora, a jurisprudência e o Marco Legal da Primeira Infância autorizem a prisão domiciliar para mães e gestantes, tais inovações não se constituem como

preditores para o seu deferimento. Desse modo, é razoável afirmar que a idade da criança e a imprescindibilidade dos cuidados maternos não se apresentam como causas incondicionadas à concessão do benefício. Apesar de não ser literalmente mencionada em 55% (87) das decisões judiciais, a imprescindibilidade dos cuidados maternos atua como uma proposição estruturante na tomada de decisão. O quadro 3 apresenta os contrastes explicativos entre as posições atuariais e a orientação jurisprudencial, considerando as inferências causais feitas com base na avaliação das circunstâncias presentes no caso concreto. Ao rastrear as reivindicações contrafactuais no escopo do processo decisório, pode-se assumir a necessária imprescindibilidade como um recurso explicativo ao indeferimento. A maternidade e a criança são interpretadas como circunstâncias judiciais, suplementos à tomada de decisão, e qualquer um dos modos interpretativos recorre ao ordenamento jurídico para assegurar o critério e a unidade lógica à validade da decisão discricionária.

Quadro 3. A imprescindibilidade, a maternidade e a criança.

Deferimento	Indeferimento
"(...) de um lado, o interesse estatal na repressão do tráfico de drogas e, de outro, o interesse estatal em <b>garantir o direito fundamental à maternidade</b> (e ao <b>desenvolvimento saudável do feto e do neonato</b> ), aqui, sob a ótica da citada <b>proteção integral à criança</b> (...). (...), mas não pode aceitar que seja a paciente submetida ao cárcere em Delegacia de Polícia durante as últimas semanas do período gestacional."	"Igualmente, registro que <b>embora seja mais adequado para o desenvolvimento das crianças que recebam os cuidados de seus genitores</b> , in casu, <b>não há comprovação da indispensabilidade da paciente aos cuidados de sua filha</b> e, tampouco, a falta da assistência necessária conferida a ela <b>por outros familiares ou cuidadores</b> ."
"Destarte, não obstante as circunstâncias em que foi praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontra <b>amparo legal na proteção à maternidade e à infância</b> , como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar dos menores."	"(...), entendo que a paciente <b>não demonstrou sua indispensabilidade aos cuidados de sua filha menor fora do estabelecimento prisional</b> , para o fim de ser concedida a substituição pela prisão domiciliar, <b>não bastando apenas que a paciente demonstre que possui filho menor de 12 anos</b> (...)."
"(...) prisão domiciliar é imperativo legal e não representará entraves ao prosseguimento de eventual ação penal, mas sim e acima de tudo a possibilidade de ela, junto à sua prole, <b>exercer a maternidade em sua plenitude</b> , assegurando a <b>sua filha menor um ambiente sadio de desenvolvimento</b> , em respeito ao princípio do <b>melhor interesse da criança</b> que norteou a edição da norma legal."	"Embora tenha <b>provado o vínculo materno</b> , não logrou êxito em <b>demonstrar a necessidade de seus cuidados para com as crianças</b> e, diferente do que alega a defesa, verifica-se que <b>as mesmas estão sob os cuidados dos avós paternos</b> . Dessa forma, não há elementos de cunho subjetivo e objetivo que justifiquem a substituição da prisão preventiva em domiciliar."
"E, no caso dos autos, não vislumbro espaço para a não aplicação da norma. A paciente é	"No que diz respeito a <b>necessidade de amamentar o filho</b> , além de a criança já

---

**Deferimento**

primária, está sendo processada pela prática de delito praticado sem violência e sem grave ameaça à pessoa, **é mãe de 02 crianças** (nascidas em 04/10/2019 e 06/04/2017) **conforme certidões de nascimento** juntadas aos autos.”

“Deve ficar claro, mais uma vez, que não se está deferindo a liberdade provisória com condições em acolhimento a um direito da paciente, **mas sim pelo direito da criança a um mínimo de convivência familiar**, especialmente por ser muito pequena e **não estar inserida na família paterna (...).**”

---

**Indeferimento**

contar **com mais de seis meses de idade** (tempo previsto para o gozo de licença maternidade), nada obsta que, persistindo a condição de nutriz da requerente, **seja assegurado o seu direito de amamentar o filho no interior da Cadeia Pública local**, independente de dia e hora (...).”

“A impetrante fez prova do fato de a paciente ser **mãe de duas crianças menores de 12 (doze) anos de idade, conforme certidão de nascimento** acostada. Contudo, **não houve comprovação inequívoca da imprescindibilidade** da presença da paciente aos cuidados dos infantes; ou seja, **que os filhos necessitariam de cuidados especiais que apenas a mãe - e tão somente ela - poderia dispensar.** “

---

Fonte: Sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça.  
Grifo nosso

As antinomias interpretativas relacionadas à concessão da prisão domiciliar devem ser exploradas com relação ao ingresso da criança na justiça criminal, e a aplicabilidade da maternidade enquanto uma circunstância judicial. Segundo, a abordagem de Kelsen (2005) sobre a validade e legitimidade do que está escrito na lei ou como deveria ser a norma, trata-se de aplicar discricionariamente ambos como uma base subjacente no sistema jurídico. Conforme Chassagnard-Pinet (2015, p. 235) “o aparecimento de antinomias seria consequência tanto da abundância de normas quanto da falta de coordenação entre elas.” Nessa perspectiva, o binômio mãe-criança aponta para a existência de contrassensos quanto a obrigação e o impedimento ao benefício, observados na redação e valores que inspiraram a norma. Diante disso, a criança e a maternidade configuram-se como uma situação agravadora ou favorável, fundamental e decisiva, em relação ao discernimento da norma no processo decisório.

A interpretação do binômio mãe-criança como uma circunstância judicial, de fato, como causa final e consoante com a norma jurídica expõe valores conflitantes transmitidos pela norma. A simples denotação das palavras mãe e criança no artigo 318-A do CPP não interconectou tecnicamente essa “nova” circunstância judicial ao sistema lógico do campo criminal. Assim, pode-se concluir que parte dos tomadores de decisão lida com o que está escrito e não como deveria ser, e se preocupa inteiramente com o que se dedica a justiça criminal. Portanto, o exercício discricionário origina o surgimento



dos contrassensos sobre a autovalidação do ingresso da criança e a maternidade no processamento da tomada de decisão. O quadro 3 indica que essas antinomias interpretativas mantêm entre si uma relação bivalente de coordenação ou subordinação. Portanto, pode-se verificar dois modos operativos com relação à tomada de decisão: 1) o deferimento do benefício pela articulação do direito a maternidade, a necessidade dos cuidados maternos e o **melhor interesse da criança**; 2) o indeferimento pela apreciação do valor moral atribuído a mulher infratora que é mãe, e por um exame restritivo e excludente que contrapõe a imprescindibilidade dos cuidados maternos ao **melhor interesse da criança**.

Verifica-se o caráter pendular do **melhor interesse da criança**, alicerçado na inconformidade com a diretiva da inovação legal e jurisprudencial. Em outros termos, o ingresso da criança no processo decisório simultaneamente afirma e nega direitos. O quadro 4 demonstra como a decisão discricionária pelo indeferimento submete o **melhor interesse da criança** - um princípio largo - aos princípios basilares da justiça criminal, a retribuição e o utilitarismo. Os significados técnicos adicionados com relação ao interesse da criança transitam entre a capacidade de garantir a proteção e o desenvolvimento integral na infância e o proceder penológico da justiça criminal como um propósito. Assim sendo, pode-se tolerar a criança "residir" na prisão ou que outros familiares, ou cuidadores sejam considerados aptos em garantir o saudável desenvolvimento infantil.

Quadro 4. Legislação, melhor interesse da criança, os cuidados e o desenvolvimento integral.

Deferimento	Indeferimento
<p>"O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/2016, entretanto, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 5. Caso em que a recorrente <b>possui dois filhos menores, de 3 e 4 anos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.</b>"</p> <p>"Portanto, impõe-se a concessão da benesse pleiteada, uma vez que demonstrada a hipossuficiência financeira da paciente e <b>preenchidos os requisitos legais previstos no art. 318, V e parágrafo único, do CPP, em</b></p>	<p>"(...) preceito legal, <b>verifica-se que foi utilizado o verbo "poderá", previsto no caput do artigo 318 do CPP, não podendo ser lido como "dever", cabendo ao juiz determinar ou não a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, quando presente uma de suas hipóteses.</b>"</p> <p>"Inviável a concessão de prisão domiciliar à paciente <b>quando não comprovado que ela possui filho menor em fase de amamentação, necessitando de cuidados especiais, não restando demonstrado,</b></p>

**Deferimento**

atenção aos princípios constitucionais de proteção integral à criança, dentre outros, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (...)."

"Oportuno lembrar, "embora o art. 117 da Lei n. 7.210/1984 (LEP) estabeleça como requisito o cumprimento da pena no modo aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade"

"(...), especialmente diante da **necessidade de prevalência do superior interesse das crianças**, reputa-se legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o **Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo nº. 143.641/SP**, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com espeque no art. 318 (...)."

"A nova redação do art. 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a **máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente**, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo."

"A lei, em verdade, presume a necessidade e importância do acompanhamento materno ao infante menor de 12 (doze) anos, tanto que **propositalmente o legislador retirou da redação do art. 312[8], V do CPP**, a comprovação de que seria ela imprescindível aos cuidados do menor, a qual se faz necessária em outros casos do mesmo artigo."

"Por isso, entendo que o **§ 3º do art. 112 da LEP trouxe tratamento diferenciado para gestantes, mãe e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência**, que efetivamente exerçam a guarda de direito e de fato, **porém**

**Indeferimento**

portanto, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 318 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal."

"No caso dos autos, a agravante encontra-se **recolhida em regime fechado, não se adequando, portanto, às hipóteses do artigo 117 da LEP**. Além disso, o relatório da Seção Psicossocial da VEP esclareceu que o menor, nascido em 30/6/2017, com dois anos de idade, filho da agravante, está sob a guarda provisória da (...) voluntária há muitos anos na **Unidade Prisional** e realiza trabalho social no berçário com as mães presas e seus bebês."

"Ao revés, a própria inicial menciona que a **criança se encontrava sob os cuidados da avó no momento da prisão em flagrante (a paciente e netos vivem com a avó materna)**. A existência de elementos que justificam a prisão preventiva e o contexto informativo apresentado nos autos, afastam a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar."

"Assim, não restou comprovado que as **pacientes são as únicas pessoas que podem cuidar de seus filhos**. Ao contrário, há o registro de que as **crianças são também cuidadas pela avó materna**. O fato de eventualmente apenas a avó ser quem dedique os cuidados aos filhos das Apelantes, **não implica em situação de vulnerabilidade às crianças, além de poder haver outros parentes a dividir a responsabilidade**, a exemplo dos respectivos genitores do menino de 09 (nove) anos e da menina de 05 (cinco) anos."

"Em síntese, o contato da paciente com os filhos seria danoso às crianças, bem mais do que a preservação do encarceramento. **Em verdade, o encarceramento é uma proteção aos menores**."

"Nesse sentido, **embora seja indiscutível a importância da figura materna para o bom desenvolvimento dos filhos**, seja para provê-los materialmente, seja para oferecer-lhes afeto, carinho e seja para educá-los, o caso

**Deferimento**

**sem exigir que sua presença no ambiente familiar seja imprescindível para os cuidados dos infantes.** Tal aspecto, melhor dizendo, a indispensabilidade da mulher presa para o desenvolvimento de seus infantes, é presumido e decorre naturalmente das relações humanas e sociais do núcleo familiar."

"Ainda que a suposta conduta da acusada seja revestida de gravidade, **sua manutenção em prisão domiciliar é imperativo legal e não representará entraves ao prosseguimento de eventual ação penal**, mas sim e acima de tudo a possibilidade de ela, junto à sua prole, exercer a maternidade em sua plenitude, **assegurando a sua filha menor um ambiente sadio de desenvolvimento, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança que norteou a edição da norma legal.**"

**Indeferimento**

concreto retratado **nos autos com base nos estudos sociais informa que as crianças estão sendo bem cuidadas pela avó materna**, com a qual já mantinham estreito vínculo familiar, **sendo afastada a hipótese de vulnerabilidade social.**"

"No entanto, **consoante preconiza a Suprema Corte, "o HC 143.641 e o artigo 318-A do CPP** não determinam que toda mãe de criança seja submetida a medida alternativa à prisão (prisão domiciliar), mas que **o juiz analise as condições específicas do caso**, porque o mais salutar é evitar a prisão e priorizar o convívio com a criança. Entretanto, **pode haver situações em que o crime é grave e o convívio pode prejudicar o desenvolvimento do menor (...).**"

Fonte: Sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça.  
Grifo nosso

O ingresso da criança na justiça criminal desenrola-se pela reflexão a respeito do **melhor interesse da criança**, de maneira axiomática e/ou contextualizada. Acompanhada, por uma abordagem discricionária da sua importância ao cumprimento da norma, e correspondência como um fundamento à concessão da prisão domiciliar. Nessa perspectiva, o **melhor interesse da criança** é convertido como causa e motivação ao deferimento. Contrariamente, no indeferimento o princípio se sobrepõe a orientação diretiva da inovação legal e jurisprudencial. O juiz, ao desconsiderar a concessão do benefício como a aplicação de um direito positivo, faz a arguição dos efeitos adversos da norma. A negação é sustentada por uma abordagem baseada nas situações excepcionálíssimas, materializada como uma avaliação dos significados que alicerçam o valor jurídico da criança como uma metanorma, e coloca em discussão tanto a questão da eficácia da inovação legal quanto da orientação jurisprudencial. A criança como uma metanorma estimula a ambiguidade acerca do que é o **melhor interesse da criança**, a preservação ou a cessão do vínculo materno. As alterações no artigo 318 do CPP suscitam interpretações, por certo, um contrassenso que se opõe a tácita e superior condicionalidade da criança à concessão da prisão domiciliar. Assim, a criança não se mostra como um fator mitigador na tomada de decisão, pois, as razões invocadas na interpretação da norma não estão limitadas a esse único critério. Minson (2020<sup>a</sup>, p. 16,

22) argumenta que a “justiça criminal não mostra consideração com relação à separação da mãe e a criança”, ainda, nas palavras de um magistrado “as crianças da maioria dos infratores não são o que eu chamaria de vítimas”.

Portanto, a criança como uma circunstância agravadora ou favorável na justiça criminal coloca um impasse à tomada de decisão, proteger aqueles que são mais vulneráveis ou assegurar a persecução penal, a ordem pública e o direito da sociedade enquanto potencial vítima (considerando, o risco da reincidência). Conseqüentemente, a punição penal e o **melhor interesse da criança** são dois propósitos contraditórios. Segundo Lerer (2013, p. 52) a finalidade da justiça criminal é “pela administração uniforme da punição focando a infração e o infrator, assim o interesse da criança violaria o princípio de equidade”. Nessa lógica, ocorre a acomodação do interesse, proteção e desenvolvimento integral da criança com o propósito penológico da justiça criminal. Ao rejeitar a imprescindibilidade materna, com efeito, a decisão discricionária articula os cuidados fundamentais dispensados à criança por familiares ou responsáveis, desobrigando o contínuo vínculo materno como um direito incondicional. Complementarmente, o convívio materno é enunciado como risco físico e moral à criança, e a prisão da mãe não colidiria com os interesses existentes: manter a ordem pública e a proteção integral à criança.

Nessa situação, é razoável reiterar o ingresso da criança na justiça criminal como uma antinomia interpretativa, quando a mesma norma diretiva autoriza uma decisão como devida, e juntamente admite outra decisão discordante. Sendo assim, há uma interpretação validadora dos contrassensos originados pela norma, o processamento de uma relação entre causa e efeito, entre a obrigatoriedade e a negação do benefício. Existem dois contraditórios num processo de vinculação dos fatos e sujeitos, manifestamente, a implicação e a subordinação dos significados da criança enquanto uma circunstância judicial. O destaque de um significado não decorre da ausência do outro, na prática, o restringimento ou ampliação da relação causa e efeito na decisão final. A atribuição de um significado penológico à criança é um ato de vontade no exercício da discricionariedade, e os critérios aplicáveis são a universalidade conferida à norma e a observação de incompatibilidades.

## A criança na sala da justiça criminal: uma antinomia interpretativa

A criança no domínio da justiça criminal demanda a discricção com relação a um conflito normativo-interpretativo, isto significa, que a decisão discricionária ao aceitar ou rejeitar a prisão domiciliar coloca em questão a própria norma jurídica. Por esse ângulo, a tomada de decisão manifesta-se como um dever ou um exame da extensão jurídica da norma. Desse modo, pode-se observar um conflito normativo com relação à prisão domiciliar para mães e gestantes. A divergência pronuncia-se em relação à singularidade da causa penológica atribuída à criança, e conseqüentemente à maternidade nos encargos da justiça criminal. Em outros termos, a interpretação da criança como uma circunstância agravadora ou favorável à infratora. Portanto, uma antinomia interpretativa com relação à amplitude normativa da inovação legal e jurisprudencial, e expressa numa decisão discricionária concordante ou discordante.

Tal antinomia não contesta a validade das alterações no artigo 318 do CPP pelo Marco Legal da Primeira Infância, ou da orientação jurisprudencial do Habeas Corpus coletivo 143.641. Assim, não se trata de uma propriamente antinomia formal, mas interpretativa sobre a justificativa da decisão discricionária. Isto é, dos princípios mais gerais que justificam garantir ou sopesar valores, ou interesses protegidos por normas antinômicas. A lei, segundo Bobbio (1964, p. 240-41), geralmente “dá ao intérprete alguns critérios para ajudá-lo a escolher sem expressar preferências pessoais”, sendo assim, a decisão discricionária se vale de “critérios tradicionais” para a interpretação das normas.

Nesse contexto, a proteção integral e o **melhor interesse da criança** apresentam-se como “critérios tradicionais” à resolução de uma antinomia interpretativa, igualmente, fornecem elementos a uma tomada de decisão não arbitrária com relação à divergência. Nesta perspectiva, também o “critério” desenvolvimento integral da criança é incorporado com os já existentes na tarefa da interpretação jurídica. Na concessão ou não da prisão domiciliar para mães e gestantes não há um conflito entre uma norma válida ou inválida, e são válidos os critérios tradicionais e adicionados. Concorrentemente, as duas diretivas pretendem proteger direitos de natureza igual e numa mesma situação, nesse caso, a funcionalidade da discricionabilidade é marcada por uma abordagem sócio-legal voltada para estabelecer uma hierarquia de valores.

O caminho da decisão discricionária começa com a distinção entre a norma jurídica e uma proposição jurídica, trata-se do exercício de indagar a extensão e a extratividade benéfica da norma mediante a hierarquização dos preceitos e fundamentos incursos. Por consequência, a decisão necessita exhibir os esforços da discricionariedade em usar as antinomias interpretativas na legislação penal, por exemplo: o **melhor interesse da criança**, o desenvolvimento e proteção integral. Portanto, a discricionariedade está relacionada as finalidades dos dispositivos legais utilizados, que comandam o julgamento do caso concreto, especificamente, os direitos duais: a consecução penal e a garantia da ordem pública; e a preservação do vínculo materno.

A rejeição da prisão domiciliar à mãe infratora não implica na ausência dos “critérios tradicionais” na tomada de decisão. Sobrevém, que o **melhor interesse da criança** determina qual maternidade está consoante com a discricionariedade do decisor e a inconclusividade da norma. Minson (2020, p. 23) em seu estudo sobre a condenação de mães infradoras destaca que “a sentença não diz respeito a criança, como resposta ao impacto da prisão na criança, a resposta é: ela não é boa mãe e a criança estará melhor sem ela, a consequência do prejuízo é o resultado da criminalidade da mãe”. Em geral, com base nos dados apresentados na seção anterior, o processamento discricionário define a maternidade como o elemento basilar à discricção do caso concreto. Embora, a legislação não mencione o tráfico de drogas na residência e o risco da reincidência como circunstâncias – causas -, tais considerações são aplicadas para a problematizar o alcance da norma. Nessa sequência, os direitos da criança são sobrepostos aos direitos da mãe infratora na justificativa para o indeferimento da prisão domiciliar. Verifica-se o nocivo vínculo materno como causa denegatória.

A revisão judicial sobre o direito a maternidade na tomada de decisão expõe os desacordos sobre a interpretação da norma, nos quais a criança assume um aspecto agravador ou favorável. Assim sendo, primeiramente é razoável assumir o ingresso da criança como uma causa penológica, posteriormente, uma antinomia interpretativa que implica em estimar o alcance incondicional da punição tomando os aspectos objetivos e subjetivos do caso concreto. O decisor deve equilibrar os direitos da mãe e da criança, embora, as informações ponderadas à decisão sejam essencialmente concentradas no

direito penal. A manutenção ou substituição da privação de liberdade envolve uma cognição, nos termos de um conflito normativo-interpretativo no corpo ordenamento jurídico. A legislação não diz do que consiste a inclusão da criança como um novo elemento ao raciocínio discricionário no domínio da justiça criminal. Em termos práticos, um instrumento de controle legal para redução do encarceramento feminino por meio de penas mais flexíveis, ou uma nova circunstância potencialmente aderente e defensora do encarceramento por lógica punitiva em favor do mais vulnerável.

A decisão discricionária com relação ao binômio mãe-criança, enquanto uma circunstância judicial, deve ser compreendida a partir das práticas interpretativas. O ponto de partida é a estrutura analítica da discricção, cujo eixo é o detalhamento do caso concreto pela discordância, sobre quais direitos ou interesses devem ser protegidos em primeiro lugar. Assim, as práticas interpretativas dizem respeito ao processo de seleção relacional das causas para concessão ou negação da prisão domiciliar. Em particular, a ausência ou a presença da situação excepcionalíssima atua como a referência para a construção e o enquadramento do caso concreto. Nesse ponto, a irresolução do que seja propriamente uma situação excepcionalíssima tem efeito negativo na designação e ênfase aos impedimentos ao benefício, e a validade jurídica da excepcionalidade é suficientemente estabelecida pela citação a norma.

O indeferimento ao benefício apreende a complexidade da cultura punitiva que prioriza a privação de liberdade, é um conjunto de elementos estruturados de maneira específica, contrastando o caráter sistemático-linear da inovação legal e jurisprudencial. A discricionariedade é operada por meio dos significados que o intérprete atribui a norma. Conforme Kennedy (2007, p. 297), “interpretação é outra palavra para ‘discricção’”. Além disso, o autor destaca que o “grau de interpretação diz respeito a aderência à ‘força da lei’ ou recusa sustentada por ‘exegese’, ou ‘literalismo’ de significados - núcleo ou estrutura - da lei.” Portanto, a decisão denegatória deve ser compreendida como a cognição de uma excepcionalidade em conformidade com a norma. O tráfico de drogas na residência e o risco de reincidência são construídos como uma situação excepcionalíssima, então, uma conduta social nociva e juridicamente não vinculativa ao **melhor interesse da criança**, a proteção e o desenvolvimento integral. Diante disso, o sentido da maternidade é transfigurado para cuidados à criança, uma

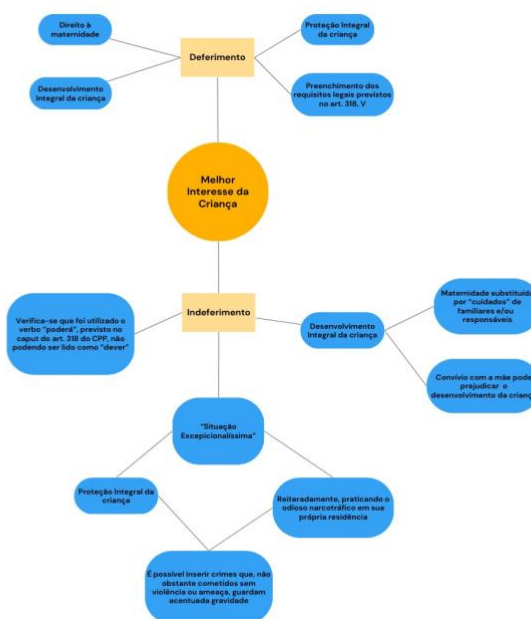
responsabilidade que pode ser exercida por outros familiares ou responsáveis legais. O vínculo materno é suprimido em defesa do **melhor interesse da criança**.

Em contrapartida, o deferimento da prisão domiciliar pode ser compreendido, ao menos em parte, como uma resposta institucional ao encarceramento feminino nos termos e apelos imanentes ao tráfico privilegiado. Efetivamente, como a concretização dos efeitos imediatos da adição de uma inovação legal e jurisprudencial nas tipologias decisórias. Nessa situação, a discricionariedade consiste basicamente em construir uma decisão correspondente aos direitos da mãe e sua criança. A resolução concessora está assentada na relacionalidade entre distintas normas no ordenamento jurídico, e com os valores que elas veiculam: a maternidade, o **melhor interesse da criança**, a proteção e o desenvolvimento integral. Assim sendo, pode-se acolher a concessão da prisão domiciliar como uma prática judicial e uma perspectiva diretiva, que conciliam as normas vigentes mediante uma interpretação autorreferencial dos declarados conceitos.

A admissão da criança nas responsabilidades da justiça criminal engendra uma original racionalidade, demonstrada no diagrama abaixo. A criança como um ambíguo parametrizador da norma e excepcionalidades relativas à concessão ou não da prisão domiciliar. Por um lado, a discricionariedade em conformidade e consistência com o ordenamento jurídico e, por outro lado, a discricionariedade guiada pela interpretação e aplicabilidade da norma geral aos casos concretos. Segundo Mascini (2020, p. 121) “a discricionariedade é vista como inevitável e não controlável por instrumentos legais, variável e não fixada pelo alcance das regras legais e padronizada por outros fatores além da lei, e não imprevisível.” Nesse sentido, as condições e circunstâncias de vida da criança são ponderadas por meio de uma interpretação - **melhor interesse da criança** - sobre a admissibilidade do benefício como um direito incondicionado. Por isso, pode-se dizer que a tomada de decisão carrega um dualismo pendular. Afirmar ou desacreditar na irrefutabilidade do direito à maternidade à mulher infratora.

Diagrama 1. A criança como parametrizador da decisão discricionária.





Sumariamente, o **melhor interesse da criança** é engendrado por meio de parâmetros imprecisos e não proporcionais, e assente na doutrina da proteção integral. A validade do desenvolvimento integral da criança está estabelecida, por sua vez, na norma e sua intervenção vinculante: selecionando, valorizando e ponderando informações para aplicar ao caso concreto. As decisões podem ser legitimadas de duas maneiras: a) pela aderência ao Habeas Corpus coletivo 143.641 e artigo 318 do CPP, justificando os argumentos que compõem a base da decisão; ou b) pela referência ao resultado da decisão como uma discricção objetiva da norma, que não prevê todas as situações ou fatos nos casos concretos. Assim, examina-se de maneira efetiva a situação da criança, nos termos expostos por Mascini (2020, p. 131), é “a discricção de apuração de fatos e apuração de regras não podem ser separadas: antes que a lei possa ser aplicada, os fatos devem ser categorizados, mas antes que os fatos possam ser categorizados, a lei deve ser aplicada”. Nesse sentido, ocorre a aplicação do Habeas Corpus coletivo 143.641 e artigo 318 do CPP, por vezes coordenada e outras vezes subordinada, com relação ao acréscimo do **melhor interesse da criança** como um mecanismo discricionário de caráter penal e sancionatório. A determinação da criança como um aspecto agravador ou favorável é uma questão de grau e interpretação, e reconhecê-la como uma causa à concessão ou não da prisão domiciliar corresponde ao vetor desse movimento pendular.

## Considerações Finais

Essencialmente, a ação refratária à inovação legal e jurisprudencial por parte dos julgadores expõe duas estruturas discricionárias governadas por um mesmo parametrizador. A primeira, compreende a afirmação de uma cultura punitiva que mantém o encarceramento da mãe consoante com a proteção integral e o **melhor interesse da criança**. Além disso, ratifica o existente sistema de “facilidades” às mães na prisão. Walker et. al (2019, p. 33) argumentam que “a separação entre direitos da mãe e direitos da criança acaba por estreitar o entendimento e reconhecimento dos direitos da criança, é a manutenção do vínculo mãe-filho a sustentação teórica e base” para manter a criança residindo na prisão. A segunda, em concordância com a literatura nacional (ALMEIDA; PEREIRA, 2019; VENTURA et al., 2015; CARDOSO; GONZAGA, 2019; AMARAL; BISPO, 2016; DIUANA et al., 2017; PANCIERI, 2017; FLORES; SMEHA, 2019) e internacional (LERER, 2013; WALKER et al., 2019; VAINIK, 2008; SLEED et al., 2013; CARLSON; SHAFER, 2010), cumpre a substituição por prisão domiciliar, nos seguintes termos: pela ausência de infraestrutura adequada no sistema prisional às “crianças encarceradas”; pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres infratoras; e assegurar a imprescindibilidade do vínculo materno no desenvolvimento integral da criança. Portanto, há um desentendimento entre o ordenado e o discricionário, acentuado pelo caráter intrincado do significado da criança na justiça criminal como uma circunstância judicial à discricionariedade do juiz. Ao admitir a criança como uma causa à tomada de decisão, tanto objetivamente quanto subjetivamente, uma conexão é instituída entre o processo interpretativo e os contextos intrinsecamente ligados ao caso concreto. O desafio é pensar a maternidade da mulher privada de liberdade e o **melhor interesse da criança**, o que exige uma resolução não limitada à persecução penal da mãe infratora.

O dilema gerado pela criança na sala da justiça criminal, em algum grau, encerra as antinomias legais geradas pela evolução da legislação contemporânea. Conforme, Chassagnard-Pinet (2015, p. 240) a “diversificação dos corpus normativos e a compartimentalização setorial do processo de redação dificultam a coordenação da tarefa de redação do texto e a organização de uma articulação eficiente entre os dispositivos normativos.” A especialização da legislação às mães infratoras torna mais suscetível incongruências interpretativas no corpo jurídico, por um artigo que modifica

disposições anteriores ou transpõem normas superiores. A intervenção da criança na justiça criminal não está claramente definida, e a sua conectividade com os dispositivos normativos permanece imprecisa. Assim sendo, esse novo parametrizador à discricção e aplicação da legislação e dos princípios jurídicos envolve um trabalho interpretativo.

A interligação entre as normas transmuta-se para o cruzamento entre textos por meio da funcionalidade de duas questões – dois mecanismos discricionários –, acomodadas na tomada de decisão. Assim, a interpretação conforma-se com: no caso concreto as normas são aplicáveis; se sim, como devem ser aplicadas? O primeiro ponto de decisão envolve narrar os fatos para além da infração penal, um processo que requer a discricção substancial da mulher, precisamente do caráter e desempenho de sua maternidade. Embora, o artigo 318 do CPP prescreva as exigências à aplicação do benefício e sua integração ao ordenamento jurídico, a proliferação de interpretações antinômicas reside na sobreposição da norma, cujo resultado é uma ordem moral que promove a objeção da inovação legislativa. De outro modo, o objetivo penológico da norma é reconfigurado na direção de uma interpretação abrangente dos significados dos dispositivos normatizadores. Por exemplo, o processo enunciativo e interpretativo do direito a maternidade, comumente, está alinhado a confirmação ou não da certidão de nascimento como causa à concessão do benefício. Por vezes, a certidão de nascimento é configurada como uma demonstração insignificante do vínculo materno.

A dificuldade no exame do binômio mãe-criança na justiça criminal como causa à prisão domiciliar, de acordo com Minson (2020, p. 13-14), está na “dificuldade em colocar as experiências das mulheres dentro da sentença, quando uma mulher é sentenciada, não há nenhum registro sobre se é mãe ou não (...), e somente colocando os direitos da criança como centrais pode-se alcançar alguma mudança.” Usualmente, a prescrição às mães e gestantes infratoras é o cancelamento da maternidade pela infração penal. De fato, a norma inovadora não alcançou completamente suas expectativas, assegurar o direito ao convívio materno e o desenvolvimento integral da criança. Desse modo, é razoável dizer que não há uma tecnologia decisória, sustentada na legislação e jurisprudência, que contenha a separação de mães e crianças por uma sentença não-custodial. Ao contrário, o efeito mitigador do binômio mãe-criança é desfigurado para impugnar a imprescindibilidade dos cuidados maternos, assim, o vínculo materno é compreendido como um risco à criança. Minson (2020, p. 23) ao

descrever a discricção judicial sobre a sentença não-custodial às mães reproduz a fala de um de seus entrevistados: “às vezes, quando as pessoas são infratoras, pode não ser uma coisa ruim para os filhos ficarem um tempo longe dos pais”.

Conforme Donson e Parkes (2016, p. 332), trata-se de “considerar a criança na sentença, e não fazer da criança um ‘ticket para liberdade’, geralmente, ter crianças não significa uma automática sentença não-custodial”. Certamente, o ingresso da criança na justiça criminal não deve ser usado como salvaguarda para o cometimento de infrações penais. Contudo, a sua introdução trouxe efeitos adversos daqueles esperados pela inovação legal, de circunstância mitigadora foi convertida em inquirição ao comportamento materno da mulher infratora. A indispensabilidade da mãe, enquanto cuidadora primária, e a sua relevância para o desenvolvimento integral da criança são questionados e arrançados de maneira adequada ao sentido da norma para a desconstrução da maternidade da mulher infratora. Nessa intervenção, o tráfico de drogas na residência e o risco da reincidência são assimilados nas práticas interpretativas.

Resumidamente, o debate normativo-jurisprudencial sobre a separação da criança e a mãe infratora está concentrado em saber se a decisão, deferimento ou indeferimento, está em acordo com o ordenamento jurídico. A admissão da criança como uma circunstância judicial à decisão discricionária exige o desenvolvimento de uma tecnologia decisória, que anule uma dicotomia originada por uma abordagem circular e autorreferencial da justiça criminal. O lugar da mulher infratora é a justiça criminal, e o lugar da criança é nos domínios do direito da infância e juventude, e família. Assim sendo, é preciso superar indeterminações relacionadas ao entendimento de concepções como o vínculo materno e o desenvolvimento integral da criança, pois, são apreendidas por um ângulo puramente formal e jurídico. A punição na comunidade com a aplicação de medidas cautelares preservaria a persecução penal, e permitiria que as mães permanecessem em casa, assegurando o direito ao vínculo materno. Contrariamente, a crença que toda mãe conta com alguém (ou instituição) que tomará conta de sua criança.

## Notas

<sup>1</sup> Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (2015). Mestre em pesquisa social pela Goldsmith University of London (2008). Especialista em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1993).

Pesquisador do Núcleo de Estudos Sobre Violência e Segurança; Grupo de Pesquisa Violência, Cidadania e Segurança, ambos na Universidade de Brasília-DF; Pesquisador do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Faculdade de Direito/Uniceub-DF.

<sup>2</sup> <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados>

<sup>3</sup> Burgos (2021), descreve que uma antinomia se configura quando existem duas ou mais normas para resolução de um determinado caso, ainda, com consequências jurídicas incompatíveis acerca da decisão judicial. Desse modo, a antinomia exprime uma situação de conflito onde um caso específico é suscetível de duas soluções diferentes e opostas pelo excesso de normas cronológicas, hierárquicas e particularizadas que podem ser aplicáveis. Trata-se de uma resposta legal, racional e razoável do tomador de decisão dentro do sistema jurídico, escorada por uma norma considerada mais elevada e harmônica a um caso em particular. Em termos metodológicos, o emprego da noção de “antinomias interpretativas” como um recurso conceitual à investigação está sustentado na teoria pura do direito de Kelsen (2005). Considerando, que a interpretação dos fatos e as normas que lhes estão associadas são vinculados (ou desvinculados) enquanto uma circunstância judicial. Portanto, as “antinomias interpretativas” dizem respeito ao uso normativo de validade de certa interpretação de normas jurídicas vinculativas sem desprezar a norma básica, recorrendo à descrição dos eventos, as correlações empíricas e a orientação da ação delitiva. Assim, esta abordagem conceitual declara a imputação de uma força normativa ao factual, na qualidade de uma força vinculante. O conceito explora de maneira extensiva a visão sobre os processos discricionários à tomada de decisão.

<sup>4</sup> No corrente estudo, **O encarceramento feminino: a criança na sala da justiça criminal**, foram analisadas decisões judiciais de 10 gestantes, contudo, somente uma gestante sem filhos.

## Referências

ALBERTSON, Katherine; O'KEEFFE, Caroline; BURKE, Catherine; LESSING-TURNER, Georgina; RENFREW, Mary. Addressing Health Inequalities for Mothers and Babies in Prison. In: TOD, Angela M.; HIRST, Julia (eds.). **Health and Inequality: Applying public health research to policy and practice**. London: Routledge, 2014. p. 39-47.

ALMEIDA, Marina Nogueira; PEREIRA, Larissa Urruth. O julgamento do habeas corpus n. 143.641 a partir de uma perspectiva de Direitos Reprodutivos. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1: p. 263-282, 2019.

AMARAL, Maísa Feliciano; BISPO, Tânia Christiane Ferreira. Mães e filhos atrás das grades: um olhar sobre o drama do cuidar de filhos na prisão. **Revista Enfermagem Contemporânea**, Salvador, v. 5, n. 1: p. 51-58, 2016.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; MARTIL, Daiana Maturano. ENCARCERAMENTO FEMININO: A (IN) EFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL ENQUANTO VIOLADORA DE DIREITOS. **Anais Eletrônicos**, Brasil: p. 31-41, 2017.

BACKES, Ana Paula; LOPES, Karina Camargo Boaretto. Maternidade no sistema prisional: dispositivos legais e possíveis alternativas ao encarceramento. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 12: p. 327-343, 2019.

BEACH, Derek. Process-tracing methods in social science. In: THOMPSON, William R. (ed.). **Oxford Research Encyclopedias of Politics: Qualitative Political Methodology**. Oxford: Oxford University Press 2017. DOI: 10.1093/acrefore/9780190228637.013.176

BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. **Dialectica**, New York, v. 18, n. 1-4: p. 237-258, 1964.

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

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1: p. 349-375, 2016.

BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1984.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. CNPCCP, 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpccp/resolucoes/1994/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça/Ministério da Saúde. Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003. Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2003.

BRASIL. Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2005.

BRASIL. Lei Nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2007.

BRASIL. Lei Nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Resolução nº 4 de 15 de julho de 2009. Dispõe sobre o direito à amamentação para mulheres encarceradas. CNPCCP, 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpccp/resolucoes/2009/resolucao-no-4-de-15-de-julho-de-2009-1.pdf/view> Acesso em: 18 de setembro de 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Resolução nº 9 de 9 de novembro de 2011. Editar as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal, conforme constam dos Anexos de I a IX\* desta Resolução, revogado o disposto na Resolução CNPCCP Nº 3, de 23 de setembro de 2005. CNPCCP, 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpccp/resolucoes/2011/resolucao-no-9-de-09-de-novembro-de-2011.pdf/view> Acesso em: 18 de setembro de 2022

BRASIL. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão

processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.

BRASIL. Lei Nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2014.

BRASIL. Lei Nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016.

BRASIL. Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018.

BRODIE, Donna L. Babies behind bars: Should incarcerated mothers be allowed to keep their newborns with them in prison. *U. Rich. L. Rev.*, Richmond, v. 16: p. 677-692, 1982.

BURGOS, Claudia Natalia Veloso. RECOMENDACIONES PARA JUSTIFICAR RESOLUCIONES JUDICIALES EN CASO DE ANTINOMIAS. *Academia Judicial Programa de Extensión*. p.1-16, 2021. Disponível em: [https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/AJ\\_Recomendaciones\\_para\\_justificar\\_resoluciones\\_judicial\\_es\\_en\\_caso\\_de\\_antinomias.pdf](https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/AJ_Recomendaciones_para_justificar_resoluciones_judicial_es_en_caso_de_antinomias.pdf) Acesso em: 6 de novembro de 2023.

CARDOSO, Fernando da Silva; GONZAGA, Maria Simone. Sentidos da maternidade na prisão: um estudo empírico na colônia penal feminina de Buíque/PE. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 54: p. 342-363, 2019.

CARLSON, Bonnie E.; SHAFER, Michael S. Traumatic Histories and Stressful Life Events of Incarcerated Parents: Childhood and Adult Trauma Histories. *The Prison Journal*, Philadelphia, v. 90, n. 4: p. 475-493, 2010.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine. Conflict of norms and conflict of values in law. In: ARMGARDT, [Matthias](#); CANIVEZ, [Patrice](#); CHASSAGNARD-PINET, *Past and Present Interactions in Legal Reasoning and Logic*. London: Springer, 2015. p. 235-248.

CRAIG, Susan C. A Historical Review of Mother and Child Programs for Incarcerated Women. *The Prison Journal*, Philadelphia, v. 89, n. 1: p.35-53, 2009.

DIUANA, Vilma; CORRÊA, Marilena C.D.V.; VENTURA, Miriam. Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 27: p. 727-747, 2017.

- DONSON, Fiona; PARKES, Aisling. Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective. *Probation Journal*, London, v. 63, n. 3: p. 331-346, 2016.
- ELJDUPOVIC, Gordana; BROMWICH, Rebecca. Introduction. In: ELJDUPOVIC, Gordana; BROMWICH, Rebecca (eds). **Incarcerated Mothers: Oppression and Resistance**. Bradford: Demeter Press, 2013. p. 1-28
- ELMALAK, Seham. Babies behind bars: An evaluation of prison nurseries in American female prisons and their potential constitutional challenges. *Pace L. Rev.*, New York, v. 35, n. 3: 1080-1106, 2015.
- DERKZEN, Dena; TAYLOR, Kelly. The Canadian Landscape for Incarcerated Mothers: Lessons, Challenges and Innovations. IN: ELJDUPOVIC, Gordana and BROMWICH, Rebecca (eds). **Incarcerated Mothers: Oppression and Resistance**. Bradford: Demeter Press, 2013. p. 29-42.
- FLORES, Nelia Maria Portugal; SMEHA, Luciane Najar. Mães presas, filhos desamparados: maternidade e relações interpessoais na prisão. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro v. 28, n. 4: p.1-20, 2019.
- FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves; BRAGA, Ana Gabriela. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1: p. 349-375, 2016.
- FRITZ, Stephanie; WHITEACRE, Kevin. Prison nurseries: Experiences of incarcerated women during pregnancy. *Journal of Offender Rehabilitation*, London, v. 55, n. 1: p. 1-20, 2016.
- GOLDEN, Renny. War on the Family: Mothers in Prison and the Families They Leave Behind. Routledge: London, 2005. p. 189
- HUNTINGTON, Clare. Early Childhood Development and the Law. **SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW**, Los Angeles, v. 90: p. 755-814, 2017. Disponível em: [https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/877](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/877) Acesso em: 29 de agosto de 2022
- KELSEN, Hans. What is the Pure Theory of Law?. In HIMMA, [Kenneth Einar](#); [BIX, Brian](#) (eds.). **Law and Morality**. London: Routledge, 2005. p. 101-108
- KENNEDY, Duncan. A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. *Kritische Justiz*, Baden-Baden, v. 40, n. 3: p. 296-305, 2007.
- LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; ESTEVES-PEREIRA, Ana Paula; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7: p. 2061-2070, 2016.



LERER, Tamar. Sentencing the family: Recognizing the needs of dependent children in the administration of the criminal justice system. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Evanston, v. 9, n. 1: p. 24-57, 2013.

MACKIE, Joanna F.; BJØRKE, Anne; FOTI, Tara R.; HORWITZ, Cynthia; MADDOCKS, Lisa C.; MARSHALL, Jennifer. Journey mapping the Hillsborough County Early Childhood Court program. *Children and Youth Services Review*, London, v. 103: 57-62, 2019.

MASCINI, Peter. Discretion from a legal perspective. In: EVANS, Tony; HUPE, Peter (eds.). **Discretion and the quest for controlled freedom**. London, Palgrave Macmillan, 2020. p. 121-141.

MIGNON, Sylvia I.; RANSFORD, Paige. Mothers in prison: Maintaining connections with children. *Social Work in Public Health*, London, v.27, n. 1-2: 69-88, 2012.

MINSON, Shona. The Importance of Motherhood in Sentencing Decisions. In: LOCKWOOD, Kelly (ed.). **Mothers From the Inside: Research on Motherhood and Imprisonment**. Bingley: Emerald Publishing, 2020. p. 13-30.

MINSON, Shona. Maternal Sentencing and the Rights of the Child. Oxford: Palgrave Macmillan, 2020a. p.278

PANCIERI, Aline Cruvello. Traficantes grávidas no banco dos réus: um estudo feminista crítico sobre do controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [https://buscaintegrada.ufrj.br/Author/Home?author=%22Rodrigues%2C+Luciana+Boiteux+de+Figueiredo%22&type=Author&filter%5B%5D=-topic\\_facet%3A%22Direito+Penal%22](https://buscaintegrada.ufrj.br/Author/Home?author=%22Rodrigues%2C+Luciana+Boiteux+de+Figueiredo%22&type=Author&filter%5B%5D=-topic_facet%3A%22Direito+Penal%22) Acesso em: 22 de julho de 2022.

POJMAN, Leda M. Cuffed Love: Do Prison Babies Ever Smile? *Buffalo Women's Law Journal*, Buffalo, v. 10: p. 46-73, 2001.

RADOSH, Polly F. Reflections on Women's Crime and Mothers in Prison: A Peacemaking Approach. *Crime & Delinquency*, Thousand Oaks, v. 48, n. 2: p. 300-315, 2002.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; ITO, Josielly Lima; NEVES, Bruno Humberto. MATERNIDADE E PRISÃO: PESQUISA EMPÍRICA NO TJSP APÓS O HC COLETIVO 143.641 DO STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2: 129-145, 2019.

REFOSCO, Campos Helena; WURSTER, Tani Maria. Prisão Domiciliar para Gestantes e Mães com Filhos Menores de 12 Anos: Habeas Corpus Coletivo e Individuais na Jurisprudência Recente no Supremo Tribunal Federal. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda et al (orgs.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.405-438.

SCHRAM, Pamela J. An exploratory study: Stereotypes about mothers in prison. *Journal of Criminal Justice*, London, v. 27, n. 5: 411-426, 1999.

SEYMOUR, Cynthia. Introduction: Children with parents in prison: Child welfare policy, program, and practice issues. In: SEYMOUR, Cynthia; HAIRSTON, Creasie Finney (eds.). **Children with parents in prison: Child welfare policy, program, and practice issues**. London, Routledge, 2017. p. 1-26.

SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam; BAPTISTA, Michelly Ribeiro; LAROUZÉ, Bernard. A jurisprudência brasileira acerca da maternidade na prisão. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 2: 547-572, 2015.

SIMAS, Luciana; BATISTA Vera Malaguti; VENTURA, Miriam. Mulheres, maternidade e o sistema punitivo: limites e possibilidades das audiências de custódia no estado do Rio de Janeiro. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v.149: 455-489, 2018.

SLEED, Michelle; BARADON, Tessa; FONAGY, Peter. New Beginnings for mothers and babies in prison: A cluster randomized controlled trial. *Attachment & Human Development*, London, v. 15, n. 4: 349-367, 2013.

TEIXEIRA, Alessandra; OLIVEIRA, Hilem. Maternidade e encarceramento feminino: o estado da arte das pesquisas no Brasil. *BIB-Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 81: 25-41, 2016.

VAINIK, Jenni. The reproductive and parental rights of incarcerated mothers. *Family Court Review*, Long Island, v. 46, n. 4: p. 670-694, 2008.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard. Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3: 607-619, 2015.

WALKER, Jane R.; BALDRY, Eileen; SULLIVAN, Elizabeth A. Residential programmes for mothers and children in prison: Key themes and concepts. *Criminology & Criminal Justice*, Thousand Oaks, v. 21, n. 1: p. 21-39, 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSON, Joice Graciele. O HABEAS CORPUS 143.641/SP E A TUTELA COLETIVA DO STATUS LIBERTATIS: CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152: 89-115, 2019.

WILDEMAN, Christopher. Parental imprisonment, the prison boom, and the concentration of childhood disadvantage. *Demography*, Durham, v. 46, n. 2: 265-280, 2009.