

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

ANA LUCÍLIA GUIMARÃES REIS RODRIGUES

PRIMEIRA INFÂNCIA LIVRE:
o reconhecimento pleno da criança como sujeito de direitos em
desenvolvimento e suas implicações para o desencarceramento infantil

UBERLÂNDIA

2020

ANA LUCÍLIA GUIMARÃES REIS RODRIGUES

PRIMEIRA INFÂNCIA LIVRE:

o reconhecimento pleno da criança como sujeito de direitos em desenvolvimento e suas implicações para o desencarceramento infantil

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDI), Linha de Pesquisa 1: Tutelas Jurídicas e Políticas Públicas, da Faculdade de Direito (FADIR), da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Área de concentração: Direito

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

UBERLÂNDIA

2020

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

R696 2020	<p>Rodrigues, Ana Lucília Guimarães Reis, 1991- PRIMEIRA INFÂNCIA LIVRE [recurso eletrônico] : o reconhecimento pleno da criança como sujeito de direitos em desenvolvimento e suas implicações para o desencarceramento infantil / Ana Lucília Guimarães Reis Rodrigues. - 2020.</p> <p>Orientadora: Beatriz Corrêa Camargo. Coorientador: Luiz Carlos Goiabeira Rosa. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Pós-graduação em Direito. Modo de acesso: Internet. Disponível em: http://doi.org/10.14393/ufu.di.2021.171 Inclui bibliografia.</p> <p>1. Direito. I. Camargo, Beatriz Corrêa ,1985-, (Orient.). II. Rosa, Luiz Carlos Goiabeira,1974-, (Coorient.). III. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduação em Direito. IV. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU: 340</p>
--------------	---

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
 Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 142, PPGDI				
Data:	Doze de novembro de dois mil e vinte	Hora de início:	14:00	Hora de encerramento:	16:00
Matrícula do Discente:	11812DIR004				
Nome do Discente:	Ana Lucília Guimarães Reis				
Título do Trabalho:	PRIMEIRA INFÂNCIA LIVRE: O RECONHECIMENTO PLENO DA CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS EM DESENVOLVIMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DESENCARCERAMENTO INFANTIL				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Tutelas da Liberdade				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria nº. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Luciano Santos Lopes - Faculdades Milton Campos; Cândice Lisbôa Alves - UFU; e Beatriz Corrêa Camargo - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Beatriz Corrêa Camargo, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade e a gravação das suas imagens e vozes para fins de registro e arquivo junto à Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. As imagens e vozes não poderão ser

divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Correa Camargo, Professor(a) do Magistério Superior**, em 13/11/2020, às 12:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Candice Lisboa Alves, Professor(a) do Magistério Superior**, em 16/11/2020, às 11:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano Santos Lopes, Usuário Externo**, em 17/11/2020, às 19:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ana Lucília Guimarães Reis, Usuário Externo**, em 18/11/2020, às 10:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2386998** e o código CRC **E88F4F07**.

ANA LUCÍLIA GUIMARÃES REIS RODRIGUES

PRIMEIRA INFÂNCIA LIVRE:
o reconhecimento pleno da criança como sujeito de direitos em
desenvolvimento e suas implicações para o desencarceramento infantil

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDI), Linha de Pesquisa 1: Tutelas Jurídicas e Políticas Públicas, da Faculdade de Direito (FADIR), da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Área de concentração: Direito

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo – UFU – Orientadora

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes

Profa. Dra. Cândice Lisbôa Alves

Uberlândia, 12 de novembro de 2020.

Dedico este trabalho ao meu grande amor e maior incentivador, Caio Narcio, e à nossa filha Anna, presente que ele me deixou e que vai nascer.

AGRADECIMENTOS

À professora Dra. Beatriz Corrêa Camargo, minha orientadora, dedico meu agradecimento especial, pela orientação que tornou essa pesquisa possível.

Ao Professor Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, pela bem-humorada coorientação, tão necessária frente à complexidade do problema de pesquisa que decidi enfrentar.

Ao professor Dr. Luciano Santos Lopes, pela generosidade de se disponibilizar a participar da banca de avaliação da minha pesquisa e a contribuir com meu trabalho.

À professora Dra. Cândice Lisbôa Alves, pelas contribuições feitas durante a banca de qualificação de minha pesquisa e por se disponibilizar, mais uma vez, a participar da banca de defesa e a contribuir com o meu trabalho.

À professora Dra. Keila Pacheco Ferreira, pelas contribuições feitas durante a banca de qualificação de minha pesquisa e pelos diálogos durante todo o curso de mestrado.

Ao Caio, meu marido, que me transformou por completo e me mostrou que todos os sonhos são possíveis. À Anna, nossa filha, que em meu ventre emana as energias necessárias para eu seguir em frente.

Aos meus pais, Silvana e Francisco, pela educação proporcionada e por me mostrarem que, aonde quer que eu vá, terei sempre pra onde voltar.

Aos meus irmãos, e padrinhos da Anna, Ana Luiza e Thiago, por acreditarem que o mundo pode ser melhor e por me ajudarem a levantar quando eu caio.

Aos meus avós, Djalma, Ana Elisa e Lucília, pela sabedoria compartilhada e pelo amor dedicado.

Por fim, carinhosamente, à minha amiga Élide Mara, pelas leituras e diálogos, mas, sobretudo, pela sensibilidade digna de vaga-lumes no momento mais difícil da minha vida.

Diego não conhecia o mar. O pai, Santiago Kovakloff, levou-o para que descobrisse o mar. Viajaram para o Sul. Ele, o mar, estava do outro lado das dunas altas, esperando. Quando o menino e o pai enfim alcançaram aquelas alturas de areia, depois de muito caminhar, o mar estava na frente de seus olhos. E foi tanta a imensidão do mar, e tanto seu fulgor, que o menino ficou mudo de beleza. E quando finalmente conseguiu falar, tremendo, gaguejando, pediu ao pai: – Pai, me ensina a olhar!

Eduardo Galeano, *O livro dos abraços*.

RESUMO

Pela perspectiva dos direitos das crianças e dos adolescentes, discute-se neste trabalho as incoerências e as insuficiências, nas dimensões normativas e de efetividade da lei, quanto à execução penal de mães que são separadas de seus filhos menores em razão de seu encarceramento e de mães que têm seus filhos levados para junto de si na prisão, com vistas à formulação de uma solução possível para a problemática. Apesar da instituição do paradigma da Proteção Integral, que rompeu com o paradigma da Situação Irregular, alçando as crianças e os adolescentes a sujeitos de direitos, a titulares de direitos fundamentais gerais e dos direitos específicos que sua peculiar condição de cidadãos em desenvolvimento requer, os direitos infantojuvenis ainda não são plenamente incluídos nos debates penais, nos tribunais e na pauta legislativa quando se trata dos interesses desses sujeitos. Assim, na busca por uma adequação do cumprimento de pena dessas mães aos direitos infantojuvenis, detectou-se uma colisão entre os direitos fundamentais de seus filhos e os direitos fundamentais das vítimas violados pelo crime praticado por essas mães. Verificou-se, então, que se trata de uma problemática de difícil resolução, pois há uma verdadeira incompatibilidade entre as respostas dadas atualmente pelo Estado para a execução penal dessas mães e os direitos infantojuvenis, o que faz com que seja necessária uma nova abordagem para tal execução, principalmente no caso de mães que tenham filhos na primeira infância. Nesses termos, propõe-se neste trabalho, com base no rol dos direitos infantojuvenis e nos direitos inerentes à execução penal – já existentes na lei –, parâmetros decisórios para a atuação do poder judiciário, bem como uma resolução da problemática pela via de uma reforma legislativa.

Palavras-chave: Proteção integral; Encarceramento materno; Encarceramento infantil; Direitos das crianças e dos adolescentes; Primeira infância.

ABSTRACT

Based on the perspective of children and adolescents rights, this paper discusses inconsistencies and insufficiencies, in the normative and effectiveness dimensions of the law, regarding criminal execution of mothers who are separated from their minor children due to incarceration and mothers who have their children taken with them to prison in order to formulate a possible solution to the problem. Despite the institution of the Paradigm for Child Protection, which broke with the Irregular Situation paradigm, raising children and adolescents to subjects of rights, to holders of general fundamental rights and the specific rights that their peculiar condition as developing citizens requires, rights for children and youth are not yet fully included in criminal debates, in the courts and in the legislative agenda when it comes to the interests of these subjects. Thus, in the search for adequacy of the sentence of these mothers to children's rights, a collision was detected between the fundamental rights of their children and the fundamental rights of the victims violated by the crime practiced by these mothers. Thus, it was found that this is a problem that is difficult to solve, as there is a real incompatibility between the answers currently given by the State for the criminal execution of these mothers and children's rights, highlighting the necessity for a new approach for such execution, especially regarding mothers with children in early childhood. In these terms, it is proposed in this work, based on the list of children's rights and the rights inherent to criminal execution - already existing in the law -, decision parameters for the performance of the judicial power, as well as a resolution of the problem through a legislative reform.

Keywords: Integral protection; Maternal incarceration; Child incarceration; Rights of children and adolescents; Early childhood.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROBLEMA DA MATERNIDADE NO CÁRCERE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DADOS.....	14
2.1 Dados sobre a infância no cárcere	14
2.2 Pesquisas etnográficas sobre a maternidade no cárcere: entrevistas com as mulheres.....	17
2.3 Modificações na Lei de Execução Penal pelo Estatuto da Primeira Infância e seus desdobramentos na edição da Lei n. 13.769, de 2018.....	24
2.4 Reação da jurisprudência – Habeas Corpus Coletivo 143.641	28
3 DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	34
3.1 Um breve histórico da infância e da adolescência.....	34
3.2 A Doutrina da Situação Irregular	39
3.3 O novo sujeito de direito com base em uma abordagem de proteção integral.....	43
3.3.1 Arcabouço jurídico positivo internacional	46
3.3.2 Arcabouço jurídico positivo nacional	48
3.4 Crianças e adolescentes como titulares de direitos fundamentais.....	53
3.5 Os direitos da personalidade de crianças e adolescentes	56
3.6 Princípios estruturantes e concretizantes dos direitos das crianças e dos adolescentes	60
3.7 O Estatuto da Primeira Infância como reforço à proteção integral e a hipervulnerabilidade.....	69
3.8 A importância do relacionamento entre mãe e criança na primeira infância.....	75
3.8.1 Poder familiar	76
3.8.2 Convivência Familiar	79
3.8.3 A maternidade.....	81
3.8.4 A perspectiva da psicanálise.....	83
4 INSUFICIÊNCIAS E INCOERÊNCIAS DO ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO PENAL COM RELAÇÃO ÀS MÃES DE CRIANÇAS MENORES DE DOZE ANOS	87
4.1 Fundamentos para o encarceramento infantil	87

4.2 Resistência dos magistrados com relação à aplicação dos critérios objetivos legais para o deferimento da conversão da prisão preventiva para domiciliar	89
4.2.1 A prisão domiciliar como uma espécie de prisão preventiva	91
4.3 A presa definitiva, a previsão legal para a progressão de regime e a legislação sobre o tráfico de drogas.....	92
4.3.1 As prisões definitivas e a progressão de regime da pena: lacuna legal e contradição	92
4.3.2 O tráfico de drogas e a seletividade do aprisionamento feminino	95
4.4 Os prazos de permanência de crianças no cárcere e a garantia contra a institucionalização de crianças em abrigos	97
4.5 Lacunas normativas sobre crianças no cárcere: entrada, permanência e saída ...	101
4.6 A suspensão e a destituição do poder familiar da mãe presa e as crianças como objetos da ação	104
4.7 A falta de condições da estrutura do cárcere para acolher gestantes e crianças..	107
4.7.1 As constatações das carências estruturais do cárcere.....	107
4.7.2 Descumprimento de preceitos normativos de direitos fundamentais: consequências e soluções	109
5 A “SOBREVIDA” DO PARADIGMA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E SUA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO: CONSIDERAÇÕES	112
5.1 A ambiguidade de paradigmas	112
5.1.1 A manutenção do paradigma da situação irregular	112
5.1.2 Os direitos das vítimas violados nos crimes cometidos por mulheres que são mães e os direitos dos filhos dessas mães: colisão entre direitos	115
5.2 A absorção plena do paradigma da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo sistema jurídico: uma solução para a colisão de direitos	118
5.3 Parâmetros e limites decisórios depreendidos da legislação para a execução penal de mães: uma proposta para orientação de magistrados.....	122
5.4 Propostas para a execução penal de gestantes e de mães de crianças menores de doze anos	126
5.4.1 A alteração legislativa argentina no contexto da execução penal de mães: uma possível solução por analogia	126
5.4.2 Proposta de reforma legislativa do art. 117 da LEP	129
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

O histórico brasileiro do tratamento de crianças e de adolescentes, principalmente pobres, evidencia maus-tratos, trabalho infantil, tráfico de crianças, exploração sexual, desconsideração das peculiaridades da faixa etária, estigmatização, negativa institucionalizada de direitos, institucionalização em abrigos e ignorância quanto às consequências que uma infância e uma adolescência mal vividas podem acarretar para o indivíduo e para a sociedade como um todo.

A Constituição Cidadã de 1988 deu um grande passo para a instituição de uma identidade legal para crianças e adolescentes, e, em 1990, foi abandonada normativamente a Doutrina da Situação Irregular que fomentava o tratamento equivocado da infância e da juventude. Assim, as crianças e os adolescentes foram alçados a sujeitos de direitos. Contudo, como ocorre após toda ruptura paradigmática, resquícios do antigo modelo ainda permanecem, o que faz com que as crianças e os adolescentes continuem desconsiderados plenamente como sujeitos de direitos. Não é por falta de leis, mas, sim, pela falta de cumprimento delas ante a ausência de absorção do novo paradigma no sistema jurídico como um todo.

Nesse contexto está inserido o caso de crianças filhas de mulheres criminalmente condenadas ou que sofrem processo penal e têm suas liberdades privadas. Em algumas situações, mulheres grávidas permanecem nos presídios, sendo que seus filhos, depois de nascerem, ficam ali até serem separados de suas mães e entregues a um parente próximo, a uma família substituta ou para a adoção.

Desse modo, o encarceramento feminino promove um impacto nocivo sobre toda a família. E para não nos perdermos na complexidade que a interdisciplinaridade dessa problemática envolve, cumpre de antemão pontuar que o direito ao relacionamento materno, à vida, à saúde e à relativa obediência à constituição que leva a criança para dentro do cárcere é uma evolução na efetivação de direitos. Isso porque, antigamente, as crianças filhas de mulheres encarceradas podiam ser separadas de suas mães a qualquer momento após o parto, separação que é considerada medida menos aceitável pelo ordenamento, que mantém unidos filho e mãe por um tempo mínimo. Frisa-se que a absoluta indiferença dos poderes judiciário e legislativo quanto à separação da mãe, ré ou condenada, da criança, inocente e sujeito de direitos, ao menos

nos primeiros anos de vida desta, já foi superada ante o reconhecimento jurídico da importância do vínculo materno no início da vida. Isso porque, atualmente, o direito fundamental ao aleitamento materno e a Lei de Execução Penal (LEP) são aplicados de tal modo a manter a mulher grávida presa, bem como seu filho quando nasce, pelo período de, no mínimo, seis meses iniciais de vida do bebê, que depois será encaminhado a uma creche, que deve existir dentro da penitenciária, onde a criança poderá permanecer até os sete anos incompletos, nos termos dos arts. 83, §2º, e 89 da LEP, que legitimam o encarceramento da criança na primeira infância – até os seis anos – ao prescrever a forma com que ele deve ocorrer.

Constata-se, portanto, que a lei de execução penal tem sido modificada no sentido de resguardar o laço familiar entre mãe e filho, a fim de viabilizar os direitos inerentes à maternidade e à criança. Diante da mudança paradigmática do Direito da Criança e do Adolescente para a Proteção Integral e das mudanças na lei de execução penal, visa-se investigar, neste trabalho, não apenas pela perspectiva materna, mas principalmente pela dos direitos inerentes à infância, quais as insuficiências e incoerências presentes na legislação de execução penal e quais as possibilidades no sentido de tornar essa legislação mais adequada aos seus próprios objetivos e aos objetivos propostos pela Doutrina da Proteção Integral.

O objetivo deste trabalho é, portanto, perquirir e evidenciar, por meio dos métodos documental e bibliográfico, com base na perspectiva dos direitos infantis, os pontos obscuros e conflitivos do encarceramento de mães que levam seus filhos consigo para a prisão ou que são separadas deles. Nesse sentido, objetiva-se analisar de forma crítica como ocorrem essa prisão, a posterior separação entre mãe e filhos e as consequências desse processo. Pretende-se averiguar, especificamente, se os direitos da criança e do adolescente são incluídos de fato nos debates que digam respeito a esses sujeitos, em outras palavras, pretende-se averiguar se esses cidadãos são compreendidos de fato como sujeitos de direitos, como titulares de direitos fundamentais gerais e específicos, e se esses direitos fazem parte da tomada de decisão dos magistrados e dos legisladores. Objetiva-se, ainda, detectar eventuais colisões de direitos, e, de posse dessas informações, propor parâmetros e soluções legislativas para a problemática.

Dessa forma, no primeiro capítulo desta dissertação, será traçado um panorama do encarceramento de mães e de seus filhos, pela apresentação de dados etnográficos e quantitativos, ainda que escassos, e de relatos de mães encarceradas colhidos em pesquisas desenvolvidas por outros pesquisadores dessa temática. Também será

realizada uma discussão sobre o que a atual legislação penal, modificada pelo Estatuto da Primeira Infância de 2016, prevê, sobre seus desdobramentos legislativos, bem como sobre a reação jurisprudencial gerada pelas modificações sofridas por essa legislação, com foco no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, que concedeu prisão domiciliar para presas preventivas gestantes e mães de filhos com até doze anos.

Para tanto, será necessário traçar o caminho que os direitos das crianças perpassaram até que se desse a consolidação formal da doutrina da Proteção Integral, a compreensão do seu alcance e a delimitação de direitos a que as crianças e adolescentes como cidadãos em desenvolvimento fazem jus. É para que se compreenda a importância do alcance do desenvolvimento saudável pleno, que é o objetivo da proteção integral, como veremos, que será necessário esclarecer a importância e a peculiaridade do relacionamento materno, principalmente nos primeiros anos de vida dos seres humanos.

Quanto ao capítulo dois, nele será traçado um breve histórico dos direitos das crianças e dos adolescentes, com foco na formalmente superada “Situação Irregular” e na Proteção Integral como novo paradigma adotado. Pretende-se, nesse capítulo, discutir os contornos da proteção integral, o arcabouço jurídico que fundamenta o paradigma, os direitos gerais e específicos dos quais as crianças e os adolescentes são titulares e a legislação que vem sendo atualizada rumo à efetivação dos direitos infantojuvenis e da compreensão dessas pessoas como cidadãos em desenvolvimento. Também nesse capítulo será abordada a indissociabilidade do laço entre mães e filhos, principalmente no início da vida, o que inicialmente se dará por uma análise jurídica dos direitos da criança que também alcançam suas mães, do poder familiar e do relacionamento materno, em um debate sobre a convivência familiar. E em um segundo momento, essa discussão será feita por uma perspectiva da psicanálise.

Por sua vez, o capítulo três será dedicado a indicar pontualmente as insuficiências e incoerências detectadas na legislação penal no que se refere ao encarceramento materno e infantil, seus desdobramentos em outras legislações e as situações por ela originadas, sem pretensão de exaustão. São situações que perpassam questões como o descumprimento de critérios objetivos previstos em leis para concessão de benefícios pelos magistrados, o tráfico de drogas como tipo penal que mais encarcera mulheres, os prazos de permanência da criança intramuros, a ausência de previsão legal sobre a entrada, a permanência e a saída das crianças das penitenciárias, o procedimento de destituição de poder familiar da mulher presa e a atual condição estrutural do cárcere.

Assim, a investigação das inconformidades da execução penal proposta neste trabalho baseia-se na premissa de que o Estado dispõe do direito de exercer ou não a sua atuação punitiva, uma vez que ele detém um amplo rol de possibilidades de aplicação de penas. Trata-se de um direito subjetivo e relativamente discricionário, pois o Estado já está fazendo uma série de mudanças de flexibilização na execução penal e no exercício do poder punitivo. Portanto, não se questiona aqui o direito de proteção dos cidadãos por meio do direito penal, mas, sim, a forma de execução da privação da liberdade nas hipóteses aqui investigadas.

Por fim, o quarto capítulo apresenta-se como consequência conclusiva da junção dos estudos sobre os direitos infantojuvenis detalhados no capítulo dois e dos estudos das insuficiências e incoerências detectadas na execução penal de mães realizados no capítulo três. O objetivo é compreender o alcance dos direitos da criança e do adolescente e a intensidade com que eles influenciam nas decisões tomadas no âmbito da execução penal de suas mães. Esse capítulo busca também investigar se há colisão de direitos, bem como delimitar parâmetros de soluções, para, finalmente, propor uma reforma legislativa que promova a efetivação dos direitos infantojuvenis, mas também o cumprimento da pena das mães, a fim de mitigar a multiplicação de insuficiências e de incoerências na execução penal de mães de filhos menores de doze anos.

Resta afirmar, portanto, que o cenário de negativas de direitos perpetradas pelo cárcere ganha relevância e choca quando são inseridas nesse contexto crianças inocentes. As insuficiências e as incoerências detectadas não encontram respaldo legal no ordenamento jurídico destinado a crianças e a adolescentes, o que coloca em xeque toda uma cultura de encarceramento que deve ser pauta de questionamento, se pretendida a efetivação de direitos em níveis convencionais, constitucionais, supralegais e legais.

2 O PROBLEMA DA MATERNIDADE NO CÁRCERE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DADOS

2.1 Dados sobre a infância no cárcere

Depreende-se do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), que, em junho de 2016, havia 726.712 pessoas encarceradas no Brasil, o que coloca o país em 3º lugar no ranking mundial de pessoas presas no mundo. Desse universo, 42.355 pessoas são mulheres, o que deixa o Brasil no 4º lugar entre os países que mais encarceram mulheres. Dessas presas, 74% são mães, sendo que a maior parte delas é separada de seus filhos.

Esse número representa um aumento de 656% no número de mulheres presas desde o ano 2000, quando havia nas penitenciárias menos de 6.000 mulheres. Deve-se ressaltar que a concentração de mulheres presas varia de acordo com o estado, sendo que o estado de São Paulo lidera a lista, com 36%, seguido por Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná, que juntos representam 20% da totalidade de mulheres presas no país. Em sua maioria, trata-se de mulheres jovens, negras, solteiras e de baixa escolaridade, sendo que 50% têm até 29 anos, 62% são negras, 62% são solteiras, 66% concluíram, no máximo, o ensino fundamental e apenas 15% concluíram o ensino médio (BRASIL, 2018).

Braga e Angotti (2015) pontuam que esse fenômeno não pode ser atribuído apenas ao Brasil, mas a todos os países que optaram por investir no aprisionamento como resposta à guerra contra as drogas, como os Estados Unidos, o México e a Rússia.

Em junho de 2016, 19.223 mulheres, 45% do número total de mulheres brasileiras presas, ainda não haviam sido julgadas, ou seja, elas estavam presas sem condenação definitiva. Entre cada cinco mulheres presas, condenadas ou aguardando julgamento, para três são imputados crimes de tráfico de drogas, o que perfaz 62% da população feminina total. Assim, entre os crimes praticados preponderam nas estatísticas aqueles ligados ao tráfico de drogas e a atos contra o patrimônio e os praticados sem violência (BRASIL, 2018).

O tráfico de drogas revela-se muitas vezes como uma solução para mulheres de baixa renda pela possibilidade de ele complementar ou gerar renda, pois é possível a elas conciliar o transporte ou a venda de drogas com os cuidados com os filhos e com a casa. Assim, o que se percebe na maioria dos casos dessas mulheres, é que o crime é praticado sem violência (ITTC, 2017). Há, portanto, na tipificação penal do tráfico, o peso da peculiaridade da prisão feminina, que traz consigo questões sociais ainda por ser resolvidas.

A Lei de Execução Penal brasileira (LEP), nos seus arts. 83, §2º, e 89, prevê que as crianças permanecerão com suas mães presas por seis meses, sendo que, após ultrapassarem essa faixa etária, elas deverão ser encaminhadas a uma creche, que deverá existir na penitenciária, onde poderão permanecer até os sete anos incompletos. A citada lei prescreve, mas não traduz a realidade nacional. Isso porque hoje, de acordo com a 2ª edição¹ do Infopen Mulheres de 2018, o percentual de ocupação das vagas destinadas às mulheres é de 156,7%, ou seja, há um déficit de 15.326 vagas. Do total de estabelecimentos prisionais, apenas 7% são destinados ao gênero feminino, sendo que outros 16% são caracterizados como mistos. E do total de vagas destinadas às mulheres, apenas 16% têm celas adequadas para gestantes, 14% têm berçário ou centro de referência materno-infantil e apenas 3% têm creche (BRASIL, 2018). Segundo Diuana et al. (2017), “os espaços destinados à convivência mãe-filho diferem bastante entre os estados da federação, encontrando-se tanto unidades prisionais exclusivamente destinadas a este fim quanto alas, galerias ou prédios separados em penitenciárias femininas”.

Quando os espaços destinados ao exercício da maternagem, período em que a mãe recente e o bebê permanecem juntos na fase de amamentação, existem nas unidades prisionais, eles são denominados de unidade ou ala materno-infantil. Nesse período, as demais atividades que a presa desenvolvia dentro do cárcere, como estudo, atividade religiosa, cultural ou laboral, são interrompidas, o que impossibilita a remissão da pena. Além disso, interrompe-se, também, o contato da mãe com as demais presas (BRAGA; ANGOTTI, 2015).

Os números e estatísticas do grupo de cidadãos que pertencem a essa problemática, aquele das crianças que permanecem com suas mães dentro do cárcere, flutuam, são modificados mês a mês, sendo que, hoje, podem ser aferidos se

¹ Os dados correspondem ao período de junho de 2016.

contabilizadas as mulheres grávidas e lactantes presas. A falta de precisão dos dados quanto a esse grupo ensejou a criação do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o qual, no mês de janeiro de 2020, no Brasil, havia 224 mulheres grávidas e 144 mulheres lactantes presas em presídios. Nesse período, dessas mães, 24 grávidas e 15 lactantes estavam no Estado de Minas Gerais. Quanto aos dados de mulheres grávidas ou lactantes em prisão domiciliar, eles não constam no levantamento (BRASIL, 2020).

Em maio de 2020, durante a pandemia do Covid-19, o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes informava que havia 17 mulheres grávidas e 19 lactantes presas no Brasil (BRASIL, 2020). Contudo, a Pública, agência de jornalismo investigativo, por sua vez, com base em dados colhidos junto à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), denunciou que apenas no estado de São Paulo, o epicentro da pandemia, havia 100 gestantes e 50 lactantes presas, sem poderem receber visitas em razão do isolamento social (DIP, 2020)². Essa situação coloca em xeque, portanto, a veracidade e a transparência do cadastro promovido pelo CNJ, sendo que a invisibilidade dos dados reais dificulta a promoção de políticas públicas voltadas ao cárcere e que enfatizam as vulnerabilidades da maternidade intramuros.

A Resolução de n. 4/2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispõe, por sua vez, diferentemente da LEP, que o período de permanência da criança com a mãe presa será de até dois anos. Sendo assim, após um ano e seis meses, tempo mínimo da convivência entre mãe e filho intramuros, dá-se início ao processo gradual de separação. Não há, portanto, sincronia entre resolução e lei, cabendo, segundo Simões (2013), ao Secretário de Estado ou ao diretor do presídio decidir se a criança deve ou não ficar com a mãe e determinar o tempo de convivência contínua entre elas.

² O CNJ, na recomendação de número 62 editada em março de 2020, inclui as gestantes no grupo de risco da pandemia e sugere a adoção de medidas para impedir a propagação do vírus no âmbito prisional e no socioeducativo. Recomenda, em geral, que sejam preferencialmente aplicadas medidas socioeducativas em meio aberto e que sejam revistas as decisões que demandaram a internação provisória em relação a adolescentes gestantes, lactantes ou mães responsáveis por crianças com até doze anos. No mesmo sentido, no processo criminal em fase de conhecimento, recomenda-se a reavaliação dos casos de mulheres presas provisórias que estejam gestantes, lactantes ou que tenham filhos com até doze anos ou com algum tipo de deficiência. No que tange às presas definitivas que estejam gestantes, lactantes ou que tenham filhos menores de doze anos ou com algum tipo de deficiência e cujas condições dos presídios não estejam de acordo com o regime de pena fixado, há a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto. (BRASIL, 2020).

No entanto, no cenário nacional, as gestantes encarceradas geralmente são transferidas para penitenciárias localizadas nas capitais, por volta dos oito meses de gestação, têm seus filhos em hospitais públicos e voltam para essas mesmas penitenciárias, onde permanecem com seus filhos por um prazo a ser definido pelo estado da federação em que a penitenciária está localizada. Há casos de manutenção da convivência contínua entre mãe e filho depois que este completa um ano de idade e há casos em que os bebês permanecem com suas mães intramuros apenas pelo prazo obrigatório de seis meses previsto na LEP (DIUANA et al., 2017).

Após o alcance do prazo máximo de convivência entre mãe e filho, caso a mãe permaneça presa, o filho é entregue a algum familiar, que se responsabilizará por sua guarda provisória. Caso não haja nenhum ente da família disposto a assumir essa responsabilidade, a criança será transferida para uma instituição de abrigo para ser encaminhada a uma família substituta ou colocada para adoção (DIUANA et al., 2017).

2.2 Pesquisas etnográficas sobre a maternidade no cárcere: entrevistas com as mulheres

A gestação e o puerpério intramuros enfrentam peculiaridades que amplificam as dificuldades e enfatizam a vulnerabilidade das mulheres presas nessas condições, sendo a gestação e os partos intramuros, em razão das condições locais de infraestrutura e de ausência de cuidado médico regular, considerados de risco. Não são incomuns histórias de mães que sofrem violências física e verbal, antes, durante e após o parto, sendo frequentes os relatos de demora injustificada de atendimento. Há narrativas, também, de formas diversas de assédio sexual, como a imposição de presença de agentes do Serviço de Operações Especiais (SOE)³ homens nos procedimentos médicos íntimos. Além disso, o pré-natal inadequado impede diagnósticos de sífilis e há casos de crianças nascendo, por isso, com sequelas (FERNANDES E DORNELLAS, 2018).

Fernandes e Dornelas (2018) trazem o relato de Bárbara, noticiado pela Agência Brasileira de Comunicação (EBC), que deu à luz sozinha em uma cela escura e foi levada posteriormente com sua filha, ainda ligada a ela com o cordão umbilical, ao

³ Responsáveis pela escolta no deslocamento das presas para os hospitais.

hospital. Segundo as pesquisadoras, os partos em celas ou em viaturas são frequentes, sendo que, quando ocorrem em hospital, essas mulheres em geral dão à luz e amamentam algemadas, como exemplifica o depoimento a seguir:

Eles tentaram fazer parto normal em mim, mas não tinha passagem. Estava com muita dor, sentei no carro. A SOE achou um absurdo eu estar sentada e me algemou. Disse que meu neném ia nascer e cair no chão. Depois, quando tive meu filho, à noitinha eu tava deitada para dormir e eles me algemaram. Não dava pra trocar a fralda do meu filho, nem amamentar ele (FERNANDES E DORNELLAS, 2018, p. 651).

O uso indiscriminado de algemas é matéria da súmula n. 11⁴ do STF, que prevê como lícito o uso de algemas apenas em casos de resistência e de receio de fuga ou de perigo à integridade própria ou alheia, devidamente fundamentados. Ainda que essa súmula tenha sido aprovada em 2008, foi necessária, em 2017, a adição do § único no art. 292 do CPP para vedar “o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 1941).

Quanto à volta das puérperas para a penitenciária, elas são obrigadas a largar as atividades paralelas à maternidade, como o trabalho ou o estudo, isolando-se para dedicar-se integralmente aos filhos, sob o rigor da constante tutela das carcereiras. (FERNANDES E DORNELLAS, 2018). E sobre a separação entre mãe e filho, por sua vez, ela ocorre de forma abrupta, uma vez que, depois de eles conviverem e se relacionarem ininterrupta e intensamente, essa relação é subitamente cortada ou sua intensidade reduzida. Esses excessos da relação inicial entre mãe e filho, de convívio intenso e de separação, são denominados, respectivamente, de hipermaternidade e hipomaternidade, de acordo com Braga e Angotti (2015, p.235):

⁴ Dessa forma, a excepcionalidade do uso das algemas deve ser justificada por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

No que tange ao aspecto psíquico, a vivência da expectativa da ruptura desde a gestação, mesclada à presença ininterrupta durante o período de convivência entre mãe e bebê nos primeiros meses após o parto, somada à ruptura ao fim desse período, na maioria das vezes sem acompanhamento psicológico, certamente, como nos foi possível apreender, é fator de vulnerabilização. A queixa comum a todas as puérperas que ficavam com suas crianças em espaços pequenos e com poucas opções de atividade, permeada pela expectativa da quebra súbita da relação, nos levou a formular o que chamamos do paradoxo da hipermaternidade versus hipomaternidade.

Segundo Diuana et al. (2017), há um consenso entre as presas de que a manutenção de seus filhos dentro das penitenciárias em suas companhias promove privações às crianças de diversas ordens. O encaminhamento das crianças para um abrigo, contudo, em casos de ausência de alguém da família que cuide do filho, não é bem aceito pelas mães, por elas não confiarem nos cuidados que serão lá promovidos, por questionarem se seus filhos serão maltratados e por não saberem se poderão vê-los de novo ou se terão a guarda, quando perdida, reestabelecida. Somada a isso há a incerteza quanto à sua própria saída da prisão, uma vez que as presas ainda sem condenação desconhecem, inclusive, o período da pena à qual poderão ser condenadas. (DIUANA et al., 2017).

Para elas, ao permanecerem na prisão, seus filhos estão, como elas, privados da liberdade. Têm clareza da privação de experiências que a permanência na prisão ocasiona a eles. Privação que envolve conhecer diferentes sabores, pois na rua “podem comer tudo que é bom”, diferentes espaços, (“podem ir à pracinha”), diferentes possibilidades de brincar, de se expandir em lugares abertos. Privação de vivências e de interações com outras pessoas, inclusive com irmãos e parentes que deveriam ser familiares e que, por causa da prisão, se tornam desconhecidos. Nesse sentido, procuram estabelecer critérios que lhes permitam decidir o que é melhor para eles, ainda que isto signifique sofrimento para elas (DIUANA et al., 2017).

Silva (2015), em pesquisa realizada na Cadeia Pública Feminina de Franca, no estado de São Paulo, traz relatos de presidiárias sobre o momento posterior ao de sua separação de seus filhos, quando o convívio com eles ficou condicionado a uma terceira pessoa que assumiu a guarda deles e que se dispôs a contribuir para a manutenção do relacionamento entre mãe e filhos. Esse é o caso de Pilar, de 29 anos, que há seis meses

não via o filho mais novo, de dois anos, que estava com a pessoa com quem ela se relacionou antes da prisão; e é também o caso de Marilda, de 26 anos, que há três meses não via nenhum de seus quatro filhos, sendo que dois deles estavam com a avó materna, um com a tia materna e um com o pai (SILVA, 2015).

A pesquisa de Silva (2015) traz também relatos como o de Nazaré, em que transparece a preocupação da presa com o preconceito e a estigmatização sofridos pelas pessoas que de alguma forma se relacionam com o cárcere, o que obstaculizaria, ainda mais, as visitas e, por conseguinte, o convívio familiar. A respeito de sua relação com o filho pequeno, por exemplo, Nazaré relata o seguinte:

quando ele vinha ele achava que era uma escola. Aí um dia, *nois* aqui, aí ele escreveu uma cartinha, aí ele falou assim: ô mãe, eu sei que você tá presa, ele falou, meu amiguinho falou que você tá. Quando meu filho pequeno falou isso, eu já cortei, já mandei minha filha na escola e conversar com a professora que eu não queria ninguém falando para ele isso, ai ele parou de falar. Ai eu acho que ela deve ter conversado na escola, a professora, e ter cortado os meninos de ter falado isso para ele. Mas isso é os pais dos outros meninos que ensina a desprezar as crianças, eles não aceitam o que a mãe fez e acha que os filhos também vão fazer, acham que a família inteira é errada (SILVA, 2015, p. 562).

Alguns relatos também foram colhidos por Flores e Smeha (2018), em uma pesquisa qualitativa realizada com quinze colaboradoras encarceradas, para análise das consequências das relações vividas dentro da cadeia entre as presas e do relacionamento materno, em um presídio regional do Rio Grande do Sul. Segundo essa pesquisa, das quinze entrevistadas, dez não recebiam visitas dos filhos.

Percebe-se, dessa forma, que a mãe encarcerada passa a lidar com a realidade materna de dentro da prisão, tendo que balizar, quando possível, a guarda dos filhos e suas rotinas escolares com os melindres que as próprias relações familiares já ensejam, sendo que sua vida dentro do cárcere nem sempre é bem aceita pelos filhos e parentes (FLORES; SMEHA, 2018). Uma das entrevistadas na pesquisa de Flores e Smeha (2018) narrou o seguinte a respeito da situação de seus filhos:

Primeiro, eles ficaram com a minha mãe. Depois, com a minha irmã, porque ela tinha os dela né, daí tava aquela função, os meus, tipo, os meus pequenos brigavam com os pequenos dela, e a minha guria foi pra casa de uma amiga minha. Daí lá também não deu certo, ela foi pra casa de uma comadre minha. Daí por último, ela ficou com a mulher do meu irmão, que foi até que a mãe saiu daí. E depois, a minha sogra queria ficar só com os guris, com as gurias não, daí não dá né, como é que eu ia separar eles?

Depreende-se dos testemunhos que há um modelo de organização familiar formado por aglomerados familiares que, não necessariamente, são constituídos pelos parentes consanguíneos que, por dificuldades econômicas e sociais, passam a se ajudar com o intuito de superar essas dificuldades. Esses conglomerados muitas vezes têm sua formação estabelecida pela ausência do pai e marcada pela forte presença feminina (STELLA, 2009).

Por meio dos relatos, percebe-se que, em sua maioria, as crianças ficam sob cuidados de parentes das mulheres, ou seja, nem sempre os pais se responsabilizam pela guarda das crianças. Segundo Stella (2009), há marcada diferença entre a prisão de homens e a de mulheres que têm filhos, explicada pelo encargo em relação aos cuidados com os filhos impostos à mulher ao longo da história, ante a ausência da assunção da paternidade plena pelos homens. Nesses termos, na grande maioria dos casos, é a mãe a incumbida da socialização da criança, do acompanhamento de sua formação cultural, de intermediar o processo de inserção e de participação da criança na escola, por exemplo. Esse protagonismo do papel da mãe, em detrimento do papel do pai, enseja, quando da prisão da mulher e da ausência da figura plena paterna, a procura por formas alternativas de guarda, o que interfere decisivamente no processo de socialização infantil. De acordo com Queiroz (2015, p. 44) constata-se que,

quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo.

Ficam denunciados, dessa forma, a insegurança da mãe presa em relação a como os cuidados serão promovidos aos seus filhos quando eles saírem do cárcere e o

preconceito vivido por pessoas presas, que é transferido aos filhos. Para Stella (2009), a estigmatização da presa, de seus filhos e de familiares enfatiza e amplia os impactos da prisão de pais. Por essa razão, a separação de mãe e filho decorrente de prisão não pode ser tratada como outras separações, como as que ocorrem por causa de divórcio ou de morte, pois apresenta a especificidade da mudança do papel que as mães ocupavam e o impacto institucional penitenciário na sociedade.

Em sua pesquisa sobre o papel materno na socialização dos indivíduos, com enfoque no caso de filhos de mulheres presas, Stella (2009) apresenta as histórias de 6 filhos de mulheres encarceradas que tinham em média, na época da realização da pesquisa, 21 anos, sendo que 4 desses filhos passaram por diversas guardas. Depreende-se dos relatos que os filhos, já crescidos, atribuem às mães que cometeram crimes a culpa pela proliferação da criminalidade na sociedade e pela separação familiar, como é o caso do relato de Pedro:

Ah, eu... acho também que é por causa da minha mãe, eu penso que... aí eu chego a pensar, tudo que tá acontecendo com a gente assim, eu acho que é por causa da mãe. Porque se a minha mãe não tivesse feito coisa errada, com certeza, ela não teria ensinado isso pra gente, porque quando eu morava com ela, fazia uma coisa errada... coro, marca de fio todos os filhos têm. Agora, se ela começou a fazer isso... (STELLA, 2009, p. 302).

Há também as consequências vividas pelos filhos da mãe presa, uma vez que eles deixam de contar com o apoio materno, como é o caso de Mara, que abortou um filho em decorrência da ausência de apoio e do preconceito vivido por ela dentro de seu próprio conglomerado familiar:

Aí eu comecei a pensar... sabe, abortar um filho... deve ser a pior coisa assim do mundo, aí eu fiquei pensando e a minha família pressionando. Ah, Mara cê tá grávida não tá? E antes deu engravidar a minha família sempre me julgou entende?... Aí começou a falar, como você vai ter filho, como você vai sustentar seu filho, sabe a minha família... Aí eu pensei... minha mãe não tá aqui pra me ajudar, se a minha mãe tivesse aqui pra me ajudar eu teria na boa... (STELLA, 2009, p. 303).

Em seu estudo, Nana Queiróz (2015) retrata a realidade das prisões femininas e suas consequências, ao relatar os casos das presidiárias Gardênia e Rebeca, por meio dos quais se pode compreender a natureza dos diversos problemas consecutivos vivenciados por essas mulheres, iniciados pela incapacidade estatal de providenciar o transporte das presidiárias para os atos processuais e de garantir o devido processo legal, bem como sua duração razoável, uma vez que ele acaba por ser atrasado. O Estado também não é capaz de garantir para a mulher que está presa com seu filho o convívio familiar com os demais entes da família, tendo ela que decidir de qual direito terá que abrir mão. Separado de sua mãe, quando passado o tempo mínimo de direito de permanência juntos, o filho é entregue, quando há, a algum parente. E na ausência de alguém que assuma a guarda, a criança vai para um abrigo. Cumprida a pena, enfrentando diversos estigmas e problemas originados da categorização de ex-detenta, a mãe precisa buscar a retomada da guarda do filho na justiça.

Além das dificuldades inerentes às questões de gênero, as mães presidiárias enfrentam outros problemas, pois elas não têm suas prisões individualizadas para que realizem os cuidados particulares relativos às suas situações específicas de mães. E quando elas são transferidas para penitenciárias com berçário, ficam distantes dos familiares. Além disso, há a sequência de descumprimento de deveres estatais com relação aos processos enfrentados por elas, como a falta de transporte para que compareçam às audiências.

As arbitrariedades não cessam, como se pode perceber em casos como o da presidiária Ieda, uma vez que fica evidente o despreparo do judiciário ao lidar com as particularidades de presas que têm filhos:

Se os membros da família não podem mais sustentar a criança por razões de saúde ou por não atenderem às exigências financeiras do Estado para adquirir a guarda, como era o caso da filha de Ieda, os pequeninos se tornam alvo de disputa judicial e as mães presas podem perder sua guarda. O destino das mães é decidido em varas criminais e o das crianças, em varas de infância e juventude. Esses dois departamentos da Justiça brasileira não estão conectados, ainda, por nenhum sistema informatizado. Assim, cada causa segue tramitando como se a outra não existisse. Durante o processo, os fóruns enviam intimações para o endereço dos pais que têm registrados em seus arquivos. Essas cartas chegam às antigas casas das presas e ficam mofando nas caixas de correio. Elas nunca descobrem que foram

convocadas a depor e manifestar interesse por manter seus filhos e faltam às audiências. O Estado entende a ausência como desinteresse e mergulha a criança no burocrático e ineficiente sistema de abrigos e adoção. Assim, uma mãe, com o nome da minha, perde sua garotinha (QUEIRÓZ, 2015, p. 54).

Assim, muitas vezes, quando não há alguém da família que assuma as responsabilidades da mãe, ou que observe de perto os trâmites originados pelo encarceramento materno, a prisão ocasiona a destituição do poder familiar, e as crianças são mandadas para abrigos ou colocadas para adoção.

Sabe-se que a peculiaridade da ruptura do convívio familiar pelo encarceramento de mães enseja tratamento especializado, com base na legislação, por varas de execução penal, de família e da infância e juventude, bem como da assistência social. No entanto, o mecanismo interdisciplinar hoje existente engendra o desencontro de decisões, enfatiza preconceitos e catalisa estigmas que são passados de mães para filhos, o que faz com que seja necessária uma nova proposta de enfrentamento da problemática que separa mulheres infratoras de seus filhos inocentes. E é desejável que tal proposta compreenda o momento do encarceramento infantil, a ruptura do vínculo e o fomento do convívio quando mãe e filho já estiverem separados.

2.3 Modificações na Lei de Execução Penal pelo Estatuto da Primeira Infância e seus desdobramentos na edição da Lei n. 13.769, de 2018

As crianças filhas de mulheres grávidas ou de lactantes que respondem a processo penal ou que já foram condenadas e tiveram sua liberdade cerceada nascem no cárcere ou vão para ele, lá permanecendo até que sejam entregues a um parente próximo, a uma família substituta, a um abrigo ou para adoção. Um aspecto importante, portanto, em relação à prisão de mulheres que são mães é a necessária adequação de sua execução penal a um terceiro sujeito delas indissociável, o filho que não tem sentença penal condenatória e que, contudo, sofre como a apenas os efeitos da privação de sua liberdade.

Com relação à prisão preventiva, o art. 312 e os seguintes do Código de Processo Penal (CPP) preveem que no direito brasileiro ela pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal; como forma excepcional de medida cautelar, para garantir a ordem pública ou econômica, para a conveniência da instrução penal, para garantir a aplicação da lei, quando houver perigo oriundo da liberdade do eventual infrator somado à prova da existência do crime e de indício de autoria, em caso de descumprimento de outra medida cautelar, mais branda, imposta, ou em caso de incerteza quanto à identidade civil da pessoa. Pode ser decretada quando o crime imputado prever pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, se o acusado tiver condenação por outro crime doloso, com trânsito em julgado há menos de cinco anos, se o crime estiver relacionado com violência doméstica contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a uma pessoa com deficiência, para assegurar a efetividade de medidas protetivas de urgência. (BRASIL, 1941).

No caso de mães presas preventivas, ou seja, sem condenação cautelarmente, avanços foram alcançados com a sanção do Estatuto da Primeira Infância, que incluiu no art. 318⁵ do CPP, incisos IV, V e VI, a possibilidade de concessão de prisão domiciliar⁶ à presa preventiva grávida ou que tenha filhos menores de doze anos e ao preso preventivo que seja o único responsável pelos cuidados com o filho (BRASIL, 2016).

A alteração ensejou a impetração de diversas ações no Supremo Tribunal Federal e o deferimento do *habeas corpus* coletivo em prol de mulheres presas nas condições apresentadas no art. 318, incisos IV, V e VI, o que será detalhado na próxima seção deste capítulo. O que importa mencionar neste momento é que essa situação provocou a edição da Lei n. 13.769, de dezembro de 2018, responsável por estabelecer os parâmetros para a substituição da prisão preventiva por domiciliar no caso de mulheres gestantes ou que sejam mães ou responsáveis por crianças de até doze anos ou por pessoas com deficiência, bem como por estabelecer o regime e a progressão do cumprimento da pena privativa de liberdade de mães condenadas que tenham essas mesmas características.

⁵ “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: ... IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo” (BRASIL, 1941).

⁶ De acordo com o CPP, art. 317, “a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (BRASIL, 1941).

A citada lei incluiu no CPP o art. 318-A, que instituiu que o direito à prisão domiciliar estabelecido pelo art. 318, IV e V, fica condicionado a crimes praticados sem violência ou sem grave ameaça à pessoa e que não tenha sido cometido contra o próprio filho ou dependente. O art. 318-B, também incluído por essa lei, prescreve, por sua vez, que a substituição da prisão preventiva por domiciliar pode ser cumulada com outras medidas cautelares previstas no CPP (BRASIL, 2018).

A Lei n. 13.769, de 2018, adiciona, também, à LEP, no art. 112, §3º, fatores condicionantes para a progressão de regime da apenada que tiver cumprido parte da pena no regime inicialmente sentenciado e que for mãe ou responsável por crianças ou por pessoas com deficiência, ou que estiver gestante, que devem ser constatados de forma cumulativa, são eles: não ter participado de organização criminosa, ser ré primária e ter bom comportamento carcerário a ser comprovado pelo diretor do presídio, ter cumprido pelo menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, não ter cometido o crime contra o filho ou dependente e nem com violência ou grave ameaça à pessoa. Quanto ao §4º desse mesmo artigo, ele estabelece que a progressão prevista no §3º será revogada em caso de novo crime doloso ou nova falta grave.

A Lei de 2018 altera a LEP, ainda, para incumbir, nos termos do art. 72, o Departamento Penitenciário Nacional de coordenar e supervisionar os estabelecimentos penais e de internação federais, bem como de monitorar o exercício de progressão especial de regime de pena da mãe, da gestante ou da responsável por pessoa com deficiência. Cabe também a esse departamento a função de acompanhar a integração social desse sujeito e a reincidência, caso ela ocorra, por meio de avaliações de estatísticas criminais. A apuração das avaliações e dos monitoramentos será utilizada para que, eventualmente, seja possível considerar a ausência de necessidade de cumprimento de pena privativa de liberdade, para as mulheres que tenham as condições apresentadas no art. 112, § 3º, da referida lei, caso os crimes tenham sido cometidos sem grave ameaça ou sem violência, nos termos do art.72, VII, §§ 1º e 2º (BRASIL, 1984).

A progressividade do regime de pena prevista para mães, quando cumulados os critérios legais definidos no art. 112, § 3º, da LEP, seria aplicada ainda que os crimes cometidos fossem caracterizados como hediondos, possibilidade essa que foi acrescentada na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072 de 1990) pela Lei n. 13.769 de 2018, que, contudo, foi revogada um ano depois pela Lei n. 13.964 de 2019 (BRASIL, 2019).

O Estatuto da Primeira Infância também alterou os arts. 6º, 185 e 304 do CPP, sendo que passou a ser obrigatória à autoridade policial – quando do conhecimento da prática da infração penal, do interrogatório e da prisão em flagrante – a colheita das informações que devem constar no inquérito policial, no interrogatório e no auto de prisão em flagrante, que versem sobre “a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência, e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa” (BRASIL, 2016).

Além de prescrever o direito à prisão domiciliar de mães presas preventivas, o Estatuto da Primeira Infância também enfatiza as garantias dos direitos infantis, reconhecendo a criança como cidadã ao trazer em seu bojo a reafirmação dos direitos infantis estabelecidos na Convenção Internacional sobre o Direito da Criança, de 1989, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 2016).

No que tange ao ECA, principal fonte nacional que exprime a Proteção Integral da criança e do adolescente, o Estatuto da Primeira Infância altera o caput do art. 8º para ampliar o acesso das gestantes aos serviços de saúde, sendo que, além dos atendimentos pré-natal e perinatal, por meio do Sistema Único de Saúde, elas também terão direito ao pós-natal e ao “acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e [...] nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério” (BRASIL, 2016). O Estatuto da Primeira Infância inclui também no alterado art. 8º, o § 10º, que traz a seguinte formulação:

Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança (BRASIL, 2016).

Portanto, para que se compreenda a amplitude dos direitos das crianças envolvidas nos processos criminais de suas mães, é necessário que se faça uma nova leitura do Código de Execução Penal, à luz do significado da Proteção Integral, bem como da perspectiva das crianças e dos adolescentes cidadãos.

2.4 Reação da jurisprudência – *Habeas Corpus* Coletivo 143.641

As alterações legislativas previstas no Estatuto da Primeira Infância possibilitaram o sucesso do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados de Direito Humanos (CADHu) em benefício das presas cautelares que estavam grávidas e das que tinham filhos de até doze anos, bem como das próprias crianças. Nesse caso, no decorrer do processo, a legitimidade ativa, que antes era do CADHu, passou a ser da Defensoria Pública da União. Sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu o *habeas corpus* em 20 de fevereiro de 2018, na pretensão de substituir a prisão das presas preventivas por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, IV e V, do CPP, estendendo o benefício, ainda, às adolescentes do sistema socioeducativo que estavam na mesma situação e às mulheres que tinham pessoas com deficiência sob sua custódia, tudo isso sem prejuízo da aplicação simultânea de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP (BRASIL, 2018).

A decisão que concedeu esse *habeas corpus* coletivo limitou a concessão do direito à prisão domiciliar, excluindo os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra descendentes e fazendo com que a manutenção da prisão preventiva vigore em situações excepcionalíssimas. A decisão não pormenoriza essas situações “excepcionalíssimas”, mas prescreve que elas deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Segundo o acórdão, deve-se dar credibilidade ao dito pela mãe, para fins de apuração quanto à guarda de seus filhos, podendo o juiz requerer a elaboração de um estudo social para eventual reanálise do benefício, sendo que a presa não terá direito à prisão domiciliar em casos em que a suspensão ou destituição do poder familiar se deu por motivos alheios à prisão (BRASIL, 2018).

Com relação ao deferimento do benefício para a presa considerada tecnicamente reincidente, o acórdão prescreve que o magistrado procederá em atenção às circunstâncias do caso concreto e ao critério de excepcionalidade da prisão (BRASIL, 2018). Ou seja, a prisão é medida de exceção, devendo ser aplicada apenas quando não houver outra cabível, e fica a critério do magistrado determiná-la em caso de

reincidência técnica, que, nos termos dos arts. 63 e 64 do CP, ocorre do seguinte modo: houve uma sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, e, antes de se completar cinco anos, desde a data do cumprimento ou da extinção da pena, há nova infração.

O acórdão que concede a liminar reconhece expressamente que os filhos de mulheres presas sofrem direta e injustamente as consequências da prisão de suas mães, situação que contraria flagrantemente a prioridade absoluta na consecução dos direitos infantis, estabelecida no art. 227 da CF/88. Reconhece também que há a extensão das penas privativas de liberdade das mulheres para os filhos, ao arrepio do previsto taxativamente no art. 5, XLV, da CF/88, que estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (BRASIL, 2018).

A fim de garantir a eficácia da decisão, o HC 143.641, quando do seu deferimento, ordenou que os presidentes dos tribunais estaduais e federais, incluídos os tribunais da Justiça Militar, fossem convocados para prestarem informações e para implementarem integralmente as conversões de prisões preventivas em domiciliar. Determinou ainda ao Depen a incumbência de comunicar a decisão aos estabelecimentos prisionais, bem como de colher informações quanto às condições das gestantes e das mães presas preventivas desses estabelecimentos. Estabeleceu também ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, como responsável pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1^o, § 1^o, II, da Lei n. 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias da decisão do acórdão. Com base na decisão, caberá ainda ao CNJ, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher (BRASIL, 2018).

Na ocasião da leitura de seu voto, Lewandowski afirmou que existiam no Brasil naquela época mais de 2.000 crianças encarceradas junto de suas mães. Os números, no entanto, sempre foram incertos e difíceis de precisar, como já dito aqui (BRASIL,

⁷ “Fica criado, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. § 1^o Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente: II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias; [...]” (BRASIL, 2009).

2018). Percebe-se uma discrepância entre os números apresentados pelo relator e os do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, segundo o qual, em janeiro de 2020, havia 224 mulheres grávidas e 144 mulheres lactantes presas em presídios. Confirma-se, assim, o dado de que a maioria das presas mães ainda não tinha condenação, ou seja, eram presas preventivas e faziam jus à prisão domiciliar.

Há, hoje, contudo, uma tendência de se encarcerar, o que vai contra esse tipo de decisão. A expectativa de parte da população, a política de governo de combate à criminalidade caracterizada pelo recrudescimento de penas e as representações sociais⁸ internalizadas na sociedade engrossam essa tendência, que é retratada, no âmbito jurídico, pela resistência de magistrados de instâncias inferiores a aplicarem a medida determinada. É a essa conclusão que se chega com a leitura da pesquisa realizada pelo Depen em outubro de 2018, que teve como base dados enviados pelos estados para a Suprema Corte. Nessa pesquisa, os dados demonstram que 10.693 mulheres preenchem os requisitos para receber o benefício previsto no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, no entanto, apenas 426 tiveram a prisão domiciliar deferida, sendo que as demais continuaram presas e separadas de seus filhos (BRASIL, 2018).

É nesse contexto que se insere o caso do estado do Mato Grosso do Sul, relatado pela Defensoria Pública do Estado com base em dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), que aponta que nesse estado, em outubro de 2018, havia 448 mulheres presas preventivas com filhos menores de doze anos e que dessas mulheres apenas 68 tiveram seu direito alcançado, sendo que para isso muitas delas tiveram que impetrar recurso ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). (BRASIL, 2018).

A CADHu, impetrante do HC 143.641, informou nos autos da ação que os efeitos do deferimento da medida de desencarceramento são deficientes em razão de muitas decisões irem de encontro às determinações do acórdão que deferiu liminarmente o HC. Ocorre, então, que os juízes trazem como razões para o indeferimento da prisão domiciliar a necessidade de produção de provas quanto à “(i) imprescindibilidade dos cuidados da mãe aos filhos; (ii) aptidão de mulheres que

⁸ Para Maria Stela Porto (2014, p. 62), representações sociais são “noções, teorias práticas que os indivíduos constroem para se situar no mundo em que os rodeia, explicá-lo e apreender sua maneira de ser. Responde à necessidade de inserir um conhecimento ou fenômeno novo no estoque de explicações que, de algum modo, já lhes são familiares. É, ainda, uma forma de conhecimento socialmente elaborada e partilhada, com o objetivo prático, cujas definições construídas interferem nas práticas frente a um dado objeto social. Para Denise Jodelet, o indivíduo as constrói porque precisa se situar no mundo, explicar esse mundo e se explicar dentro dele, entender o mundo e nele se entender.”

incidiram na prática de crimes para o exercício da maternidade; (iii) inadequação do ambiente carcerário específico” (BRASIL, 2018). Ou seja, a ausência de provas que ultrapassem os requisitos da lei e do acórdão é utilizada por juízes como argumento para o indeferimento da conversão da prisão das mulheres presas em penitenciárias por prisão domiciliar. Entre essas provas, destaca-se a da imprescindibilidade dos cuidados da mãe com os filhos, o que não é da competência do magistrado aferir.

O Instituto Alana⁹, por sua vez, informou nos autos do HC 143.641 que requereu aos tribunais e aos órgãos estaduais responsáveis pelas medidas socioeducativas informações sobre a internação provisória no sistema socioeducativo, com a finalidade de analisar e acompanhar a eficácia da implantação do acórdão deferido. Assim, após análise, o instituto constatou a precariedade do monitoramento das internas e a insistência na internação de gestantes e de adolescentes mães de crianças (BRASIL, 2018).

Ainda segundo o Instituto Alana, no âmbito da penitenciária feminina Sandra Aparecida Lario Vianna, de Pirajuí, do estado de São Paulo, foi constatado que 122 presas tiveram negadas a substituição da prisão preventiva por domiciliar, sob argumentos de ordem probatória, o que inclui a ausência de certidão de nascimento, ou de comprovação da guarda, e de prova da imprescindibilidade dos cuidados maternos ou do fato de que outros familiares não poderiam cuidar das crianças, à revelia da presunção da importância da mãe para a criação dos filhos. Há também indeferimentos decorrentes da natureza do crime, inclusive baseados em juízo de valor em relação à mãe que trafica, também sob o argumento da reincidência, de maus antecedentes e da gravidade abstrata do delito (BRASIL, 2018).

Após a consolidação do precedente, conforme já narrado, foram acrescentados ao Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B, que preveem os fatores condicionantes do deferimento da concessão da prisão domiciliar para a presa preventiva. Enquanto o primeiro artigo condiciona o benefício a casos de crimes praticados sem violência ou grave ameaça contra outra pessoa e que não tenham sido cometidos contra o próprio filho ou dependente, o segundo artigo prevê a possibilidade de cumulação da prisão domiciliar com outras medidas cautelares (BRASIL, 2018).

Em outubro de 2019, o STF, no HC 168.900, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, firmou precedente em relação ao fato de que ser mãe de filho menor de

⁹ O Instituto Alana é uma sociedade sem fins lucrativos, que promove o direito e o desenvolvimento integral da criança. O instituto figura no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641 como *Amicus Curiae*.

doze anos, por si só, é uma condição insuficiente para se afastar a prisão preventiva, considerando necessária a análise do caso concreto. A paciente do HC do crime em questão, que teve indeferido seu recurso, supostamente, usava a própria casa, onde cumpriria a prisão domiciliar, para a prática dos crimes de tráfico de drogas, de disparo de armas de fogo, de ameaça e de homicídio. Na residência da requerente foram encontrados e apreendidos dois revólveres calibre 38 carregados, duas espingardas calibres 12 e 28, 1 submetralhadora calibre 380 carregada, nove munições calibre 12, 62 munições calibre 38, 88 munições calibre 380, um colete antibalístico, um simulacro de revólver e seis celulares (BRASIL, 2019).

Em junho de 2019, no HC 158.123, cuja relatoria também coube ao Ministro Marco Aurélio, o STF firmou precedente em relação ao fato de que ser mãe de filho menor de doze anos e ter praticado crime sem violência ou grave ameaça, por si só, não é condição suficiente para a conversão da prisão preventiva para a domiciliar, não devendo a prisão ser decretada de forma irrestrita e automática, mas sim à luz do caso concreto, “como em todo ato restritivo de liberdade” (BRASIL, 2019). No entanto, o relator reconhece, em sua decisão, que a conversão é medida que ao mesmo tempo garante a proteção à maternidade e o melhor interesse infantil, aplica a lei penal, mantém a ordem pública e preserva a regular instrução criminal. A paciente do HC em questão, que teve seu recurso deferido, responde processo penal por supostamente integrar organização criminosa armada, e com participação de adolescentes, para a prática do crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2019).

Em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de concessão de prisão domiciliar para presas preventivas que têm filhos de até doze anos, por meio da utilização de palavras-chave com variações da lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), Lopes e Valente (2019) detectaram que, de noventa decisões proferidas, 43 denegaram a conversão da prisão preventiva para a domiciliar e 46 decretaram a conversão. As autoras concluem que há falta de unidade entre os ministros que elaboram as decisões, no mesmo campo jurídico de análise, referentes à aplicação da substituição da cautelar privativa de liberdade pela domiciliar. Além disso, elas constatarem a propagação do paradigma punitivista em detrimento da garantia de direitos.

Portanto, como se vê, o peso do decidido no HC 143.641 movimentou o poder legislativo em relação à confecção de acréscimos legais, como aqueles feitos na edição dos arts. 318-A e 318-B do CPP, provocou diversos órgãos governamentais, atraiu olhares de parte da sociedade e tornou-se a fundamentação utilizada para o deferimento

e a extensão do benefício da substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mulheres que cumpram os requisitos. Contudo, isso não foi suficiente para a geração de um consenso sobre o tema, pois há um amplo vácuo decisório que acaba sendo ocupado, preferencialmente, por decisões que denegam a conversão da prisão preventiva para a domiciliar, inclusive dentro do próprio Supremo.

3 DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para se compreender o sistema de direitos garantidos a crianças e a adolescentes e a forma com que eles são efetivados, é necessário traçar uma linha histórica sobre como eles foram positivados no sistema normativo internacional e no nacional. É preciso ainda analisar cuidadosamente os instrumentos normativos por meio dos quais esses direitos passaram a ser garantidos e as intenções desse novo ramo do direito, a fim de que os direitos da criança e do adolescente de fato sejam efetivados. De modo geral, busca-se, neste capítulo, compreender quais são os direitos aos quais os cidadãos em desenvolvimento fazem jus e como essa peculiar cidadania pode ser exercida e efetivada.

3.1 Um breve histórico da infância e da adolescência

O reconhecimento da necessária segmentação normativa e da essencial divisão dos direitos dirigidos às crianças e aos adolescentes dentro do ordenamento, em razão das peculiaridades da idade desses sujeitos, é essencial e direciona a sociedade como um todo rumo à efetivação dos direitos de cidadania. Esse reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, contudo, por mais fundamental que seja, bem como sua necessária positivação, perpassou um longo trajeto até a formulação teórica da Doutrina da Proteção Integral, no final do século XX. Segundo Bobbio (1990, p. 5),

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Ariès (1975) pontua que, na civilização medieval, não havia divisão e reconhecimento de idades, sendo que pouco depois dos seis ou sete anos de idade a criança já passava a pertencer e a participar do cotidiano da comunidade de homens

adultos, não havendo nessa época transição entre as idades e nem preocupação com a educação infantil. A família cumpria a função de procriação e a tarefa fria de transmitir seu nome e seus bens. Assim, entre as atividades cotidianas sobrava pouco espaço para a afetividade.

Ainda segundo Ariès (1975), a preocupação com a educação e o reconhecimento de que as crianças não estavam maduras para a participação nas atividades comumente desenvolvidas pelos adultos somente se tornaram uma questão importante no Século XV, sendo que os maiores entusiastas dessa questão eram os eclesiásticos e os juristas, que se tornaram cada vez mais influentes nos séculos seguintes. Constata-se, portanto, a forte influência religiosa na história das escolas reservadas às crianças e aos jovens, que passaram a ter uma educação calcada na moral. Nesse contexto, a família assume o compromisso de formação moral e espiritual, sendo os espaços para a afetividade preenchidos apenas no século XVII pela família moderna.

A partir desse período, surge o compromisso dos pais de preparar os filhos para a vida, não apenas os mais velhos, que logo serão responsáveis pela transmissão do nome e dos bens da família, mas toda a prole. No final do século XVII, esse compromisso se estendeu inclusive com relação às meninas, período em que restou convencionalizado também que essa preparação se daria pela escola, e as crianças deixaram de ser reconhecidas como se adultos fossem (ARIÈS, 1975).

Ariès (1975) constata, ainda, o fenômeno burguês ocorrido no Século XVIII, quando há a transição da sociedade coletiva para a sociedade de classes, que passa a ser composta, e dividida, pela alta sociedade burguesa e suas crianças, que ocupavam um lugar privilegiado, e o povo, que era tratado com indiferença, pois ocupava as extremidades dessa sociedade.

A trajetória da infância no país, bem como das políticas sociais, da assistência social e das legislações adotadas referentes às crianças e aos adolescentes são estudadas por Rizzini e Pilotti (2011), que fazem reflexões sobre o fato de que no Brasil colonial a Igreja e o Estado estavam unidos no processo de colonização e de catequização, sendo que a infância era regida por Portugal por meio desses entes. Aos cuidados dos jesuítas, as crianças indígenas eram disciplinadas e retiradas do paganismo, quando eram inculcados nelas novos costumes e normas, que objetivavam a obediência dos novos súditos e facilitavam a adequação dos adultos aos costumes portugueses. E qualquer resistência dos indígenas em relação a isso era classificada como “guerra justa”, sendo autorizado o uso de força contra eles. Em 1755, com a chegada do Marquês de Pombal,

Ministro do Rei, os padres foram expulsos do Brasil e o poder que eles detinham sobre os índios foi retirado, passando a ser proibida a escravização (RIZZINI; PILOTTI, 2011).

No período em que se consolidou o cultivo da terra por mão de obra escrava trazida da África, para a produção de cana-de-açúcar e de café, a dominação sobre os índios continuou por meio da superior força dos colonos que visavam à extração e à exportação para Portugal das riquezas brasileiras, como a madeira e o ouro. Nesse período, os donos das terras tinham pouco interesse em criar e manter as crianças escravas. Isso porque elas morriam com facilidade devido às péssimas condições em que viviam com seus pais e pelo fato de que não eram bem amamentadas, uma vez que as escravas amas de leite tinham que alimentar várias outras crianças (RIZZINI; PILOTTI, 2011). Inclusive, passou a ser um negócio rentável a comercialização de mães escravas que amamentavam, sendo seus filhos ignorados. A desconsideração era tamanha que anúncios como este eram normais: “vende-se uma preta, moça, com bom leite, com filho ou sem ele de dois meses” (MAISTRO, 2015).

Em 1871 foi aprovada a Lei do Ventre Livre, que prescrevia nos termos de seu art.1º, § 1º¹⁰, que os filhos da mulher escrava que nascessem no Império, desde a data da promulgação dessa lei, seriam considerados livres. As crianças, contudo, permaneciam nas mãos dos senhores até os oito anos completos, sendo que depois dessa idade os senhores podiam escolher continuar com elas, situação em que seus gastos deveriam ser ressarcidos por meio de seu trabalho, até os 21 anos, ou entregá-las ao Estado mediante indenização (BRASIL, 1871).

Por ordem de Dom Manoel, desde 1521, as crianças abandonadas por diversas razões, como por terem nascido fora do casamento – crianças denominadas “expostas” – , eram cuidadas pelas Câmaras Municipais e pela Santa Casa de Misericórdia, sendo que tal parceria, que nem sempre se dava de forma harmônica, era custeada por impostos e doações. As crianças permaneciam sob a custódia dessas instituições até os sete anos de

¹⁰ “§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em títulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.”

idade, quando eram mandadas, a depender da decisão do juiz, para orfanatos ou para o lar das pessoas que decidissem assumir a guarda delas, sendo que geralmente elas eram utilizadas como mão de obra (RIZZINI; PILOTTI, 2011).

Tornou-se prática no século XIX o asilo de órfãos desvalidos e abandonados que, ausente o controle deles pelas famílias, perturbavam a ordem pública. Esse fato, segundo Rizzini e Pilotti (2011, p. 20), “propiciou a constituição de uma cultura institucional profundamente enraizada nas formas de ‘assistência ao menor’ proposta no Brasil, perdurando até a atualidade”. Sob o fundamento de prevenir desvios e reeducar os transviados, a institucionalização, inicialmente, aparta a criança e o adolescente do meio social a que pertencem, para mantê-los em um espaço limitado durante tempo determinado, submetidos à autoridade e obedientes a um regime disciplinar interno. O questionamento quanto ao recolhimento institucional da criança pobre surgiu apenas na década de 1980, em razão da constatação de que tal expediente comprometia o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente e resultava em uma “prática dispendiosa, ineficaz e injusta, produzindo o chamado ‘menor institucionalizado’ – jovens estigmatizados, que apresentam grande dificuldade de inserção social após anos de condicionamento à vida institucional” (RIZZINI; PILOTTI, 2011, p. 21).

As instituições que acolhiam esses menores sofriam intervenções dos médicos higienistas, que visavam propiciar um ambiente mais higiênico e saudável diante da alta taxa de mortalidade infantil apresentada pelos abrigos e pelas cidades como um todo. Esse movimento foi identificado na perspectiva filantrópica por meio de seu objetivo final, que era a preservação da ordem social (RIZZINI; PILOTTI, 2011).

No final do século XIX e no início do século XX, a infância e a juventude chamavam a atenção da sociedade pelo aumento do índice de criminalidade entre crianças e adolescentes. Nesse mesmo período, estudos médicos começaram a apontar a relação entre o desenvolvimento saudável do homem e a infância. Na década de 1920, esse aumento da criminalidade e a constatação de que um desenvolvimento saudável está atrelado à infância, somados aos movimentos de efetivação de direitos infantojuvenis – adotados pela Europa, pelos Estados Unidos e pela América Latina e que pautavam em detrimento da punição a relevância da reeducação – contribuíram para o estabelecimento da justiça e para a assistência a menores em situação de vulnerabilidade, que anteriormente ficavam sob responsabilidade do Juízo de Menores e da polícia, que encaminhavam os infratores a casas ou a colônias correccionais (RIZZINI; PILOTTI, 2011).

Inicialmente, os diplomas legais nacionais compreendiam as crianças e os adolescentes como sujeitos problemáticos, pela ótica penal. Assim, com base nesse ponto de vista, foi promulgado o Código do Império de 1830, que, entre outras coisas, previu a possibilidade de imputabilidade dos sujeitos menores de quatorze anos, caso fosse comprovado o discernimento desse sujeito em relação à ação realizada por ele. Essa conduta permaneceu vigente no Código Penal de 1890 e subsistiu até 1927, quando foi promulgado o Decreto n. 17.934-A, de 12 de outubro de 1927, e consolidada nacionalmente a visão de menoridade (VIEIRA, 2013).

Segundo Custódio (2008), consolidou-se, em 1927, mediante a organização de um Código de Menores com as leis existentes sobre a proteção de crianças e de adolescentes, a Doutrina do Direito Penal do Menor, que posteriormente deu origem à Lei n. 6.697, de 1979.

O Código de Menores de 1927 determina a criação das escolas de reforma, bem como a criação dos Tribunais para menores, que deveriam atuar nos termos da legislação específica. Essas escolas eram, contudo, associadas à polícia, que, até 1980, não foi contestada pela sua função higienista, ou seja, por “limpar” a cidade dos “menores” indesejados (RIZZINI; PILOTTI, 2011). Nesse contexto, as crianças e os adolescentes eram tratados expressamente pelo código como: delinquentes, abandonados, expostos, mendigos, libertinos, vadios, viciosos, entre outras denominações (BRASIL, 1927).

O código de 1927 introduz a regulamentação do trabalho infantojuvenil, proibindo o emprego de menores de doze anos e fixando o prazo máximo de seis horas diárias para trabalhadores menores de dezoito anos, em todo o território da República, mas autorizando, no entanto, de forma tácita, a permanência da criança pobre fora da escola (ARANTES, 2011). Em 1930 são criadas as escolas de ensino profissionalizante e, em 1940, por meio do Senai e do Senac, foi criado o sistema nacional de aprendizagem industrial e comercial. Foi criado também, na década de 1940, o Serviço de Assistência a Menores (SAM), órgão federal responsável pelo controle da assistência pública e privada à criança e ao adolescente (RIZZINI E PILOTTI, 2011).

Em 1964, a assistência à infância passa a ser de competência do governo militar, por se tratar de um problema de segurança nacional. Nesse período, foram criadas a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), institutos federais que fomentaram a internação em grande escala de jovens irregulares, enfatizando o modelo carcerário e repressivo de

assistência, em prol da segurança nacional (RIZZINI e PILOTTI, 2011). Em âmbito estadual, a assistência ao menor dava-se de maneira descentralizada pelas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (Febens), que não detinham autonomia administrativa, financeira e poder de planejamento, prerrogativas específicas da Funabem (LEITE, 2005).

O Código de Menores de 1927, segundo Leite (2005, p. 10), caracterizava-se, portanto, como sendo de “forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre”. Em 1979, ele é substituído, então, pelo Novo Código de Menores, que apresentava a noção de “Menor em Situação Irregular” (BRASIL, 1979). De acordo com Rizzini e Pilotti (2011, p. 16-17),

no que se refere ao caso específico das políticas dirigidas à infância, prevaleceu no Brasil até o presente, a “necessidade” de controle da população pobre, vista como “perigosa”. Manteve-se, pois, o abismo infranqueável entre infâncias privilegiadas e menores marginalizados. Impuseram-se reiteradamente propostas assistenciais, destinadas a compensar a ausência de uma política social efetiva, capaz de proporcionar condições equitativas de desenvolvimento para crianças e adolescentes de qualquer natureza.

A análise do histórico da perspectiva do Estado em relação à infância nos permite compreender o porquê de a sociedade ter tido por muito tempo dificuldade em compreender a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e os conflitos gerados por essa perspectiva. Faleiros (2011, p. 35) pontua que é muito recente a perspectiva da criança cidadã detentora de direitos. Isso porque o poder dominante sempre assumiu uma visão autoritária e clientelista, “combinando benefícios com repressão, concessões limitadas, pessoais e arbitrárias, com disciplinamento, manutenção da ordem, ao sabor das correlações de forças sociais ao nível da sociedade do governo”.

3.2 A Doutrina da Situação Irregular

Em busca de definir situações de perigo em potencial e de compreender seus efeitos apenas em relação àquelas crianças e àqueles adolescentes em situação de

criminalização, de marginalização e de perigo, nasce a Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular, com a promulgação da Lei n. 6.697, de 1979. Tal doutrina ignora os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, os princípios consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como o que é disposto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 (VIEIRA, 2013).

Com base nesse código promulgado, decidia o juiz o melhor para a criança ou para o adolescente: assistência, vigilância ou proteção (BRASIL, 1979). Segundo Faleiros (2011), ficavam as condições sociais dos destinatários da lei reduzidas a ações destes ou a ações de seus pais, tornando réu aquele que inicialmente era uma vítima de suas condições. Isso porque o Código se aplicava àquele que estivesse em situação irregular – exceto, preventivamente, a todos os menores de dezoito anos (BRASIL, 1979).

Era considerado em situação irregular o menor de dezoito anos – e, em casos expressos em lei, o indivíduo de até 21 anos – que estivesse em uma das seguintes situações apresentadas no art. 2º do Código de Menores (BRASIL, 1979):

- I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 - a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal.

As crianças e os adolescentes que viviam em alguma dessas situações eram passíveis, a qualquer tempo, de serem categorizados por sentença como “irregulares” e, no intuito de que se findasse a situação de irregularidade, de serem encaminhados a “instituições de acolhimento, triagem, ressocialização ou guarda” (ARANTES, 2011, p.

195). Ou seja, se a família, no que tange à tarefa de cuidar e de proteger a criança e o adolescente, falha ou não pode exercê-la nos moldes delimitados, “o Estado toma para si esta função” (ARANTES, 2011, p. 195).

Estabelecia-se, assim, um quadro de crianças institucionalizadas, não órfãs, mas carentes, cuja disputa da guarda era desproporcionalmente aflitiva para a família e envolvia a Delegacia de Menores, o Juizado de Menores e as Instituições que acolhiam as crianças e os jovens (ARANTES, 2011).

Segundo Custódio (2008), concebida como novidade na época de sua ratificação, a Doutrina da Situação Irregular já nasceu velha diante da insuficiência legal para resolver os problemas postos. O autor afirma ainda que naquela época já existiam, no plano internacional, três escolas doutrinárias, reconhecidas no I Congresso Ibero-Americano de Juízes de Menores, realizado na Nicarágua: a Doutrina da Proteção Integral, a Doutrina do Direito Penal do Menor e a Doutrina Intermédia da Situação Irregular.

Ainda assim, o Código de Menores subsistiu até 1990, quando entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a promulgação da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Desse modo, da década de 1920 até a de 1990, vigorou a sujeição das crianças e dos adolescentes à lógica do Direito do Menor, que não os via como sujeitos de direitos, mas como menores irregulares, crianças e adolescentes abandonados, inadaptados, delinquentes. De acordo com Lima (2001), o Código de Menores de 1979, ao prescrever a noção de situação irregular, institucionalizou a violação dos direitos fundamentais. A esse respeito, Leite (2005, p. 14) também observa o seguinte:

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “situação irregular”, o “menor” passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado “menor em situação irregular”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do “menor” no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

Nesse sistema, em que vigorava a perspectiva da “situação irregular”, significados jurídicos e sociais diferenciados eram depreendidos dos termos “criança” e

“menor”. Havia uma “rotulação conceitual” que fazia com que o termo “criança” melhor se adequasse à situação de pessoa com menos de dezoito anos que vivia em condições sociais de normalidade (pela perspectiva da doutrina) e que era integrada à escola e à família. E era considerada “menor em situação irregular” a pessoa com menos de dezoito anos destacada pelo abandono, pela situação de carência, por ser autora ou vítima de ação penal, por ser “o menino de rua”, por ser “a menina-problema”. Lima (2001, p. 181) bem observa que o menor nessas condições era visto “como portador de uma patologia social, o Menor era concebido juridicamente como alguém passível de ser identificado, apreendido, diagnosticado e encaminhado para o sistema institucional de exclusão da sociedade das crianças e dos adolescentes”. Ainda de acordo com Lima (2001), a Doutrina da Situação Irregular era pautada por:

[...] a) prioridade de ações sobre as consequências e não sobre as causas dos problemas vividos pelos “menores”; b) predomínio da visão assistencial, em detrimento da visão sócio-educativa; c) ênfase no caráter terapêutico-correcional das instituições de “bem-estar” dos menores; d) ênfase na técnica da “institucionalização”; e) concentração do saber técnico-científico; f) concentração do poder de decisão sobre distribuição e aplicação de recursos econômicos e financeiros; g) judicialização dos problemas vinculados aos “menores” em situação de risco, com tendência de “patologizar” situações de origem estrutural; h) criminalização da pobreza; i) negação explícita e sistemática dos princípios básicos de Direito, com infringência de princípios e regras constitucionais, inclusive; j) construção sistemática de linguagem eufemística, que etiqueta e condiciona o funcionamento do sistema institucional a este etiquetamento de parte da população infanto-juvenil. (LIMA, 2001, p. 332).

Assim, a conformação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes precisou superar o antigo sistema de proteção infantil, que era pautado pela Doutrina da Situação Irregular, cuja fonte remonta a concepções do início do século XIX.

A Proteção Integral compreendida em sua essência como fundamento teleológico e axiológico ampara, e, constantemente, de maneira dinâmica, revigora o sistema de direitos fundamentais infantojuvenis, universais e específicos, com o intuito de efetivar a cidadania da parcela da população menor de dezoito anos, como uma “verdadeira norma fundamental gerativa do Direito da Criança e do Adolescente”. (LIMA, 2001, p. 171). E essa questão compreende todo o sistema jurídico de direitos,

pois ela requer mudanças de comportamento e de juízo do poder público e da sociedade quanto à participação social das crianças e dos adolescentes, agora sujeitos de direitos, na vida em comunidade. Com isso, rompe-se, assim, com a perspectiva antiga de identificação dessas pessoas por meio de sua dependência dos adultos e de suas incapacidades. (LIMA, 2001).

No que concerne à situação da criança no cárcere, ela remete à civilização medieval, que misturava crianças e adultos em um amálgama de idades. Essa mistura, que não reconhece os direitos específicos das crianças, assume uma promiscuidade a favor da comodidade do Estado, que também não garante às crianças os direitos básicos dos adultos, os direitos fundamentais universais.

Portanto, tornam-se as crianças e os adolescentes, nessa perspectiva de ausência de garantias de direitos e de capacidades, objetos de manuseio, que ficam à mercê da capacidade estatal de enxergar e de agir. Assim, as tratativas relacionadas a esses sujeitos acabam sendo remetidas ao tempo do “etiquetamento social” da “situação irregular”, tempo em que suas posições no ordenamento jurídico se davam pela sua condição social e pela sua condição de sujeitos alheios aos direitos que detêm por serem seres humanos e cidadãos em desenvolvimento.

3.3 O novo sujeito de direito com base em uma abordagem de proteção integral

A forma com que tratamos hoje as crianças e os adolescentes na execução penal de suas mães não é dada ao acaso. Conforme já evidenciado, não faz muito tempo que esses sujeitos eram compreendidos sob a perspectiva da Doutrina da Situação Irregular e, antes disso, pela ótica do Direito Penal do Menor. Foi só no final da década de 1980, que as tratativas que compreendiam as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidas como insuficientes, retrógradas e anômalas, o que fazia com que fosse necessária uma nova compreensão que reconhecesse realmente esses indivíduos como sujeitos de direitos.

A insuficiência do ordenamento vigente nessa época foi somada ao momento histórico político de pactuação da nova constituinte e fomentada pelos movimentos sociais, sob um clima de possibilidade de se garantir direitos fundamentais para todos, o que indicava que a Situação Irregular não sobreviveria (CUSTÓDIO, 2008). A busca

pela necessária mudança de regras de proteção das crianças não era pautada, portanto, somente por especialistas da área jurídica e de diversas áreas, mas também pelos princípios convencionados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela sociedade civil, que àquela época já havia absorvido a questão e clamava por uma tratativa diferenciada direcionada à infância.

Dentre as instituições e os grupos da sociedade civil organizada que fizeram parte do movimento em prol dos direitos infantis durante a pactuação da Constituição de 1988, Costa (1992) destaca a Organização dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (Abrapia), o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa dos Direitos, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Sociedade Brasileira de Pediatria e a Coordenação dos Núcleos de Estudo ligados às universidades. Segundo Alves (1997), esses setores, primeiramente, interagiam com o Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos, da ONU, que elaborava a Convenção sobre os Direitos das Crianças em Genebra. Em um segundo momento, os delegados representantes desses setores apresentavam dados e informações que subsidiavam as mobilizações nacionais.

A sociedade daquele momento histórico já participava como elemento essencial da Doutrina da Proteção Integral, que significava o reconhecimento de crianças e de adolescentes como sujeitos de direitos, como detentores dos mesmos direitos dos adultos, além daqueles próprios que a idade, e, portanto, sua fragilidade e sua vulnerabilidade exigem. Nesse contexto, Ascensão (2005) explica que a ordem social é composta de indivíduos ligados por uma mesma índole cultural que unifica seus participantes, fundada por instituições sociais que podem ser expressas por regras e que devem corresponder a essa índole cultural, sob a pena de ineficácia.

A transição da Doutrina da Situação Irregular para a da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, então, constrói-se mediante uma ruptura absoluta com o antigo paradigma, que tinha raízes nas leis do menorista (1927-1980), em consonância com o movimento político-social que ocorria no cenário internacional e no nacional (CUSTÓDIO, 2008).

Essa construção conforma hoje o sistema de proteção das crianças e dos adolescentes firmado na Doutrina da Proteção Integral. Sua base normativa fundamenta-se na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, adotada pela ONU em 20

de novembro de 1989 e que foi integrada ao ordenamento nacional em 24 de setembro de 1990. Ela se fundamenta também na Constituição Federal de 88 e no ECA. De acordo com Custódio (2008, p. 23),

a afirmação do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil não decorre de um modo de acumulação epistemológica, mas antes de tudo, representa ruptura radical com a própria compreensão histórica relativa ao tema. Surge com força capaz de varrer todos os pressupostos teóricos da doutrina da situação irregular, primeiro contestando sua própria validade científica, e depois formulando um conjunto de conceitos operacionais, regras, sistemas integrados e articulados em rede que tornaram absolutamente incompatível a congruência de um modelo com o outro.

Afere-se, pelas datas de edições e pelas vigências da nova doutrina, a antecipação do Brasil em relação a adotá-la, o que ocorreu antes mesmo da conformação dos instrumentos internacionais e que, segundo Ramidoff (2007), se deve à percepção e ao intenso movimento popular, que, àquela altura, já almejava a adequação democrática dos direitos das crianças, que deveriam ser reconhecidas como indivíduos em desenvolvimento da personalidade, em todas as dimensões humanitárias.

A Teoria da Proteção Integral tem como alicerce a Constituição Federal do Brasil de 1988, suas garantias, seu conjunto de valores, seus conceitos e suas regras, que provocaram um reordenamento institucional, político e jurídico consistente. Tal reordenamento relaciona-se aos princípios e às diretrizes da Teoria da Proteção Integral, legitimando-a e elevando os direitos das crianças e dos adolescentes ao nível de representação constitucional. (CUSTÓDIO, 2008).

Mesmo o Brasil tendo se antecipado em relação à necessária mudança normativa, o Direito da Criança e do Adolescente brasileiro continuou fundamentado na Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas, que tem como tripé:

a) o valor intrínseco da criança e do adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento, b) o valor prospectivo da criança e do adolescente, o que os torna portadores da continuidade do seu povo e da espécie humana, c) a vulnerabilidade especial a que crianças e adolescentes, em geral, estão expostos na vida social (LIMA, 2001, p. 79).

Na prática, proteger integralmente significa, em favor das crianças e dos adolescentes, garantir a realização dos direitos especiais inerentes e adequados à vulnerabilidade que a idade impõe, bem como o pleno gozo dos direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana, em todas as searas, em condições de liberdade e de dignidade, de modo a proporcionar a melhor conjuntura para o pleno desenvolvimento desses sujeitos (LIMA, 2001).

Convergem, então, na constituinte, o movimento popular em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes e o momento de se efetivar politicamente o complexo arcabouço jurídico, político e social que o país escolhera seguir. Com isso, é reconhecida às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, com acesso privilegiado, amplo e irrestrito à justiça, direitos cuja adequada compreensão depende da leitura dos direitos e das garantias fundamentais (CUSTÓDIO, 2008). Segundo Lima (2001, p. 5),

a superação sócio-jurídica do Sistema do Direito do Menor, a começar por suas bases doutrinárias – Direito Penal do Menor e Situação Irregular –, impõe uma radical reformulação nos planos da Teoria e da “Práxis” Jurídica. Estamos nos referindo à necessidade de uma revolução paradigmática que deve ter como ponto de partida a hipótese geral aqui considerada, de que a compreensão doutrinária ou dogmática mais apropriada ao Direito da Criança e do Adolescente, enquanto modelo jurídico emancipatório, isto é, destinado à realização e permanente positivação da cidadania de crianças e adolescentes, no Estado Democrático de Direito, passa pela perspectiva teórica que considera este novo ramo do Direito Brasileiro como um “Sistema de Direitos Fundamentais” em permanente construção.

O Direito da Criança e do Adolescente, cuja atribuição especial é dispor sobre a Proteção Integral de crianças e de adolescentes, firma-se, portanto, como novo modelo jurídico, pois positiva um ordenamento, que embasa uma nova teoria e novas práticas da sociedade civil e do poder público, comprometido de forma ética, jurídica e política com a efetivação da cidadania infantojuvenil (LIMA, 2001).

3.3.1 Arcabouço jurídico positivo internacional

As raízes jurídicas positivas formais são encontradas nas normativas internacionais gerais e específicas sobre direitos humanos, dentre as quais se destacam a

Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), o Pacto de San José da Costa Rica (1969), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou “Regras de Beijing” (1985), as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990), as Diretrizes das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil, ou “Diretrizes de Riad” (1990), e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

Em 1959, os art. 2º e 7º da Declaração Universal dos Direitos da Criança retiraram a criança da figura de mero receptor passivo de ações e as colocaram como sujeito de direitos, prescrevendo seu interesse superior como critério norteador de tomada de decisão daqueles que têm responsabilidade sobre esses cidadãos em desenvolvimento (VIEIRA, 2013). A declaração manifesta universalmente, já em seu preâmbulo, a vulnerabilidade infantil, isso porque prevê que “a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento” (BRASIL, 1990).

Somente duas décadas depois é que entra em vigor a Convenção sobre os Direitos da Criança, que é ratificada por 196 países e que não vigora atualmente apenas nos Estados Unidos (UNICEF, 2019).

A Convenção de 1989, ao conferir às crianças todos os direitos inerentes à pessoa humana, somados aos direitos específicos de pessoas em desenvolvimento psicológico, intelectual e físico, consagra a Doutrina da Proteção Integral (VIEIRA, 2013). Em que pese a ausência da expressão “Proteção Integral” na Convenção, o extenso rol de direitos expressos nela conforma o sistema de proteção da criança e do adolescente, de forma que não se pode dizer que há proteção integral se não houver a efetividade de todos os direitos correlatos, como evidencia o novo paradigma (VIEIRA, 2013).

A Convenção, além de prever os direitos da criança referentes à vida, à identidade, à liberdade, à nacionalidade, a permanecer com seus pais, à opinião, à liberdade de expressão, à informação, ao descanso, ao lazer, à vedação da pena de morte, à reunião, à religião, à associação, entre outros, prescreve, em seu art. 3.1, que as ações das autoridades administrativas, dos tribunais, dos órgãos do legislativo e das instituições públicas ou privadas de assistência social, relativas às crianças, em sua totalidade, devem ser primordialmente norteadas pelo melhor interesse da criança (ONU, 1989).

Segundo Marques e Miragem (2014), o melhor interesse da criança e do adolescente na pós-modernidade versa sobre o direito ao bem-estar afetivo e econômico e, também, sobre o direito à manifestação, na condição de sujeito ativo, em relação aos seus novos direitos humanos e à sua identidade cultural. Ou seja, o melhor interesse desses sujeitos passa a ter uma codificação dupla. Para Pereira (2005), esse princípio tem profunda relação com os direitos e garantias fundamentais infantojuvenis, contudo, trata-se de um princípio a ser aplicado a depender das delimitações do caso concreto. Ou seja, o melhor interesse da criança e do adolescente varia de acordo com cada situação.

A Doutrina da Proteção Integral passa, então, a orientar a comunidade internacional, com a rapidez e a intensidade necessárias para a promoção de novos institutos de enfrentamento das frequentes e inúmeras violações dos direitos das crianças e dos adolescentes. Dentre esses institutos, destacam-se o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à Participação das Crianças em Conflitos Armados¹¹, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil¹², as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, Regras de Pequim¹³, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, Regras de Havana¹⁴, e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção à Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad¹⁵ (VIEIRA, 2013).

3.3.2 Arcabouço jurídico positivo nacional

Na atual Constituição Federal, a Doutrina da Proteção Integral está garantida por meio do art. 227, que prescreve ser dever do Estado, da sociedade e da família garantir, com absoluta prioridade, às crianças, aos adolescentes e aos jovens 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, bem como proteger

¹¹Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 54/263, de 2000.

¹²Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 54/263, de 2000.

¹³Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 40/33, de 1985.

¹⁴Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 45/113, de 1990.

¹⁵Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 45/112, de 1990.

esses sujeitos contra qualquer forma de opressão, de crueldade, de violência, de exploração, de discriminação e de negligência (BRASIL, 1988). Esse artigo constitucional prescreve tratamento especial e prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem com até dezoito anos, pois os reconhece como cidadãos em desenvolvimento, e, portanto, frágeis e vulneráveis (DIAS, 2015). Isso porque a Constituição Federal de 1988 foi além da igualdade formal de direitos previstos universalmente para todos, com o intuito de alcançar também a igualdade material, preocupando-se em reconhecer e respeitar as condições de maior vulnerabilidade de sujeitos como as crianças, os adolescentes, os idosos, as pessoas com deficiência e as mulheres. (SARMENTO, 2012).

Na CF/88, o direito à proteção da infância está previsto no art. 7º, os direitos relacionados à assistência social e a ações sociais na área da previdência social nos arts. 203 e 204 e o direito à educação no art. 205 e no 208, parágrafo 1. O assento constitucional é corroborado pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, positivada no Brasil pelo Decreto n. 99.710/90. Essa convenção tem *status* de norma supralegal por ser um tratado internacional sobre direitos humanos internalizado antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Esse *status* de supralegalidade foi matéria de decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP do STF, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes em 2006 (VIEIRA, 2013).

Em 1990, os direitos constitucionalmente e convencionalmente previstos para as crianças e os adolescentes são também consagrados pelo (ECA). O objetivo desse novo ramo do direito é apresentado nos artigos que inauguram esse estatuto, ou seja, a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo que como criança compreende-se a pessoa de até doze anos de idade incompletos e, como adolescente, a pessoa de doze a dezoito anos (BRASIL, 1990).

Além de objetivar a proteção integral, o estatuto, em seu art. 3º, positiva a titularidade de todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação, em relação a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e declara que devem ser assegurados a esses sujeitos todos os meios de facilidades e oportunidades a fim de lhes proporcionar, em condições de liberdade e dignidade, o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (BRASIL, 1990).

O estatuto, em seu art. 4º, incumbe, com absoluta prioridade, o Poder Público, a sociedade em geral, a comunidade e a família do dever de efetivar os direitos das

crianças e dos adolescentes à liberdade, à convivência familiar e comunitária, à vida, à saúde, à dignidade, ao lazer, ao esporte, à alimentação, à educação, à profissionalização e à cultura. Essa absoluta prioridade, por ser um princípio e, portanto, um mandado de otimização, garante a prevalência, o destaque e a primazia dos direitos e dos interesses da criança e do adolescente em relação aos demais cidadãos, em todas as esferas de interesse, administrativa, judicial ou extrajudicial (ISHIDA, 2015).

Para que não haja dúvida, o estatuto esclarece que a prioridade das crianças e dos adolescentes na garantia dos direitos compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

O estatuto prescreve também, em seu art. 6º, a peculiar condição das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, declarando que deverão ser levados em conta, quando da interpretação dessa lei, os direitos e deveres individuais e coletivos, as exigências do bem comum e os fins sociais a que ela se dirige (BRASIL, 1990).

O arcabouço de proteção infantojuvenil engloba, portanto, todos os direitos fundamentais catalogados e a aplicação da proteção integral, que implica a garantia de direitos específicos das pessoas menores de dezoito anos, com prioridade absoluta, diante da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento desses sujeitos, sendo vedada qualquer discriminação. Também é previsto no ECA como a conformação dessa proteção deve ser depreendida da lei, ou seja, visando os fins sociais, as exigências do bem comum e os direitos e deveres coletivos e individuais.

A Proteção Integral coloca os Direitos das Crianças e dos Adolescentes, portanto, no “quadro ideal dos fenômenos jurídicos fundamentais que se desenvolvem numa sociedade que procura organizar-se segundo o princípio teórico da democracia ocidental e da justiça social de igualdade em face do respeito às diferenças” (FALBO, 2002, p. 45). O respeito pelas diferenças empodera os Direitos das Crianças e dos Adolescentes na busca pela efetivação da justiça social de igualdade:

Essas leis, então, acabam por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o direito civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 18).

As leis que compõem o Direito da Criança e do Adolescente são, dessa forma, compreendidas como leis com função social. Isso porque elas não se limitam a prever direitos; há nelas uma busca pela eficácia da integralidade de seu arcabouço, cuja finalidade é a realização da emancipação infantojuvenil, ou seja, elas têm a função social de promover a cidadania dos cidadãos em desenvolvimento. A função social impõe o dever de essas leis irem além da mera regulação de um comportamento social, ao incumbir o Estado, a família, a comunidade e a sociedade como um todo de assegurar plenamente a cidadania das crianças e dos adolescentes e de fazer com que essa cidadania se concretize por meio da garantia de efetividade de todos os direitos previstos no arcabouço jurídico para essas pessoas. Assim, as leis de função social trazem em seu bojo elementos da pós-modernidade, tais como a descrição da finalidade, dos princípios e dos objetivos, “de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 137).

Internamente, outros dispositivos legais se relacionam com a proteção infantil integral, como: a Lei n. 8.242/1991, que cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA); a Lei n. 8.560/1992, que regulamenta a investigação de paternidade; a Lei n. 8.642/1993, que cria o Programa Nacional de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente (PRONAICA); a Lei n. 9.970/2000, que estabelece o dia nacional do combate à exploração sexual de crianças e de adolescentes; a Lei n. 10.216/2001, que promove a proteção das pessoas com transtornos mentais e estabelece seus direitos; a Lei n. 10.421/2002, que estende o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade para a mãe adotiva; a Lei n. 10.265/2006, que regula o comércio de alimentos para crianças na primeira infância e para lactantes; a Lei n. 11.525/2007, que determina que conteúdos sobre proteção e direito infantojuvenis devem ser incluídos no currículo do ensino fundamental; a Lei n. 11.577/2007, que obriga a divulgação de mensagens relacionadas ao tráfico e exploração sexual de

crianças e de adolescentes, indicando como efetuar denúncias; a Lei 13.257/2016, que institui o Estatuto da Primeira Infância. (MORAES; TEIXEIRA, 2013).

Vieira (2013) explicita pontos básicos a respeito da ruptura da Doutrina da Proteção Integral com o antigo paradigma da Situação Irregular. De acordo com a autora, ao migrarem do Modelo Tutelar da Situação Irregular de viés filantrópico para o Modelo da Proteção Integral posto em prática por políticas públicas, a criança e o adolescente deixam de ser objeto de proteção e passam a ser sujeitos de direitos fundamentais e daqueles que a peculiaridade da situação de sujeitos em desenvolvimento exige. Quanto às denominações relativas a esses sujeitos, são abandonadas aquelas negativas, como: “menor”, “menor abandonado”, “menor carente”, “incapazes”, “objeto de proteção”, “menor em situação irregular”, “delinquente” e “infrator”. Em contrapartida, denominações afirmativas são adotadas, como: “criança”, “adolescente”, “cidadão em desenvolvimento”, “sujeito cidadão” e “sujeito de direito”. (VIEIRA, 2013, p. 136). Ainda conforme a autora, quanto a intervenção institucional, é abandonada a perspectiva centralizada com relação às ações, com intervenções pelo Estado nas situações de “risco”, de “tratamento”, de “perigo moral ou material”, e instituída a intervenção descentralizada, associada à cooperação da sociedade e proporcionada pela busca de mecanismos eficazes ante o desenvolvimento de políticas públicas inadequadas. Por fim, quanto ao papel do juiz, ele não é mais autorizado a agir como “bom pai de família”, com poder ilimitado, de forma autoritária, desempenhando funções tutelares e legislativas, mas obrigado a atuar com técnica, de forma democrática, nos limites da lei, com poucas funções diferenciadas, na medida da lei, sendo limitado por garantias constitucionais. (VIEIRA, 2013).

Nascem, então, com a instituição da Doutrina da Proteção Integral, “novos” sujeitos de direitos, ou seja, novos titulares de direitos que devem ser efetivados não só pelo Estado, mas pela família, pela comunidade e por toda a sociedade civil, entidades que passam a ser devedoras de atuações garantistas desses direitos e que devem priorizar absolutamente os direitos desses sujeitos que estão crescendo. Compreende-se que esses direitos devem ser efetivados porque não se trata mais de favores, de ações frutos de atuações filantrópicas e caridosas, noção há muito abandonada pela revolução científica e política, que instituiu uma nova visão sobre os cidadãos que estão em desenvolvimento. Assim, deve-se abandonar a percepção de que uma ação em prol da criança e do adolescente é um ato de caridade, para que o novo paradigma seja

compreendido plenamente, de forma que a precisão e o alcance da nova ordem imposta sejam ampliados, sob a pena de nos encontrarmos em um limbo onde os direitos são apenas prescritos.

3.4 Crianças e adolescentes como titulares de direitos fundamentais

Ainda que neste trabalho tenha sido apresentada e discutida a sistematização dos direitos da criança e do adolescente com base nos ordenamentos voltados a esses sujeitos no que diz respeito à promoção da igualdade material, importa trazer à baila os direitos fundamentais, uma vez que há a superior hierarquia desses direitos no ordenamento nacional. Ou seja, antes de serem titulares de direitos específicos, os cidadãos em desenvolvimento são titulares de direitos fundamentais gerais por serem seres humanos detentores de personalidade.

A Constituição Federal de 1988, no título I, Dos Princípios fundamentais, apresenta como fundamentos da República Federativa do Brasil a “Dignidade da Pessoa Humana” e a “Cidadania” (art. 1, II e III), e como um dos objetivos fundamentais (art. 3º, IV) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, bem como quaisquer formas de discriminação.

Na sequência, o título II passa a prescrever os Direitos e as Garantias Fundamentais. Quanto ao capítulo 1, “Dos Direitos Individuais e Coletivos”, no *caput* do art. 5º, ele institui a igualdade entre todos, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, nos termos do amplo rol de incisos que passam a ser descritos.

Em sua essência, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos subjetivos públicos de aplicação imediata do cidadão contra o Estado, de modo que o previsto neles vincula o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como todos os incumbidos de exercer funções públicas. Essa vinculação desses poderes aos direitos fundamentais gera limitação do próprio poder estatal, que se estende a abusos de particulares, e outorga ao indivíduo um direito subjetivo de proteção do direito fundamental e de eliminação de agressões, visando assegurar a esfera da autonomia pessoal (MENDES, 2012).

O Brasil tem aderido, contudo, à dupla dimensão dos direitos fundamentais, ultrapassando a noção de direitos subjetivos públicos para representar também, conforme bem observa Sarlet (2013, p. 392-393), um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”, sendo que esses valores objetivos se prestariam a fornecer diretrizes para a avaliação e a aplicação das normas infraconstitucionais, o que leva a uma interpretação de todo o ordenamento jurídico conforme os direitos e as garantias fundamentais. Decorre disso também a constitucionalização do sistema jurídico, a constatação de que há o dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais das pessoas contra agressões por parte de particulares. Assim, para que haja a efetividade e a fruição dos direitos fundamentais, cabe ao Estado a promoção organizacional e procedimental desses direitos.

Dessa forma, a dupla dimensão dos direitos fundamentais, representada pela perspectiva subjetiva e pela objetiva, proporciona, ainda que determinado indivíduo não seja o titular da exigência de determinado direito fundamental, a proteção de direitos, porque se trata de uma instância de decisão valorativa do Estado, que deve ser respeitada.

Ainda assim, para esta pesquisa importa delimitar quem são os titulares dos direitos fundamentais, ou seja, quem são os que têm condição de sujeitos de direitos fundamentais e que, portanto, na perspectiva subjetiva de direitos e de garantias, podem figurar como sujeitos ativos em determinada demanda; principalmente no que tange aos direitos individuais de intranscendência da pena, de individualização da pena, de vedação de tratamento desumano e degradante, de vedação de penas cruéis, de respeito à integridade física e moral e de privação da liberdade condicionada ao devido processo legal.

Para Mendes (2012), os direitos fundamentais são de titularidade de todas as pessoas naturais, como o direito às garantias constitucionais do processo (art. 5, XXXV), a remédios constitucionais como o *habeas corpus* (art. 5, LXVIII), à proteção no contexto de um processo judicial, à ampla defesa, ao contraditório (art. 5, LV), ao devido processo legal (art. 5, LIV) e à não culpabilidade (art. 5, LVII). Nesses termos, havendo, eventualmente, impasse quanto aos direitos da pessoa menor de dezoito anos, esses direitos serão exercidos mediante assistência ou representação por uma pessoa indicada legalmente, conforme os arts. 70, 71 e 72 do Código de Processo Civil. Portanto, para Mendes (2012), as crianças e os adolescentes são titulares dos direitos e das garantias expressos constitucionalmente, não havendo que se falar em cerceamento

de direitos pautado na incapacidade civil. Assim, o ser humano deve ser considerado além da mera concepção de sujeito de direitos. E sendo remansosa e óbvia a condição humana da criança e do adolescente, segue-se que estes são, por uma consequência lógica, titulares de direitos fundamentais, amparados pela igual titularidade do direito a terem garantida a sua dignidade humana. A propósito disso, Rosenthal (2015, p. 257) bem observa:

o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito.

Sarlet (2013, p. 399) corrobora tal entendimento ao observar que a titularidade de direitos fundamentais, de maior amplitude, não pode se subordinar à capacidade jurídica de que trata o Código Civil, esta de menor amplitude em relação àquela, pois isso significaria uma ilegítima restrição dos direitos fundamentais. O que se deve ponderar, conforme o autor bem ressalta, é que há direitos fundamentais cujo exercício pelo próprio titular exige certo grau de discernimento e de maturidade que a criança e o adolescente podem não ter, mas nem por isso deve-se restringir a titularidade dos direitos fundamentais à análise da existência de capacidade de fato para tanto. É o caso, por exemplo, dos embriões como titulares do direito à vida, e da criança e do adolescente quanto à titularidade do direito à locomoção. Em outras palavras, e de acordo com Sarlet (2013), deve-se analisar o caso concreto à luz da norma do direito fundamental em questão, ou seja, é

necessário sempre identificar de qual direito fundamental se trata cada caso, pois diversas são as manifestações em termos de capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, como por exemplo, no caso de menores e incapazes em geral. Assim, é correto afirmar que a determinação da titularidade (independente da distinção entre titularidade e capacidade jurídica) de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama identificação individualizada, à luz de cada norma de direito fundamental e das circunstâncias do caso concreto de quem figura nos polos da relação jurídica (SARLET, 2013, p. 399).

3.5 Os direitos da personalidade de crianças e adolescentes

Tartuce (2017, p. 113) conceitua personalidade como a soma das particularidades incorpóreas e das corpóreas da pessoa jurídica ou natural, ou, em outras palavras, a “soma de aptidões da pessoa”. Os direitos da personalidade, por sua vez, regem as formas de ser do sujeito, físicas ou morais, buscando proteger os atributos da personalidade nas relações travadas com particulares.

Para que seja alcançada correta compreensão dos direitos da personalidade jurídica, deve o Direito Civil estar relacionado à legalidade constitucional, que por sua vez afirma-se na dignidade da pessoa humana, uma vez que todo o arcabouço jurídico deve considerar todo ser humano e sua realização existencial. Assim, o conceito de personalidade jurídica é fundamentado em um “mínimo existencial”, cuja violação é impedida tanto ao poder público quanto aos particulares. Nesses termos, Farias e Rosenvald (2015, p. 130) observam que “todas as normas de Direito Civil – e, é claro, dos demais ramos da ciência jurídica – relativas à personalidade jurídica têm de estar vocacionadas à dignidade do homem”. Ainda de acordo com esses autores,

a personalidade jurídica não pode mais estar repesada na ideia pura e simples de aptidão para ser sujeito de direitos. Muito mais que isso, a personalidade jurídica, antenada no valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente. (FARIAS; ROSENVOLD, 2015, p. 131).

Nesse sentido, prescreve o enunciado 274 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2006, que os direitos da personalidade “são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”, e justamente por isso, pacificou-se o entendimento de que o rol de direitos da personalidade, trazido pelo Código Civil, é meramente exemplificativo, pois esses direitos não são esgotados (BRASIL, 2006).

É necessário, portanto, que sejam compreendidos os direitos da personalidade da pessoa natural ou física do menor de dezoito anos. Isso porque, segundo Farias e Rosenvald (2015), a garantia da proteção fundamental mínima é atrelada juridicamente à compreensão da personalidade jurídica, posto que a personalidade é o paradigma em face do qual se reclamam os direitos fundamentais que devem ser exercidos para a manutenção de uma vida digna.

Frise-se que a personalidade jurídica não se confunde com a capacidade jurídica, pois enquanto a personalidade consubstancia-se em um conjunto de prerrogativas ínsitas à pessoa humana – e, por extensão, com as devidas proporções, atinentes a outras figuras jurídicas, tais como a pessoa jurídica e os entes despersonalizados –, a capacidade jurídica relaciona-se à aptidão para ser sujeito de direitos, ou seja, ser parte em uma relação jurídica patrimonial.

Nesse sentido, a capacidade jurídica, cujos detentores são aptos a exercerem direitos e deveres, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, é, então, dividida entre capacidade de direito, ou gozo, e capacidade de fato, ou exercício. A primeira confunde-se com o próprio conceito de personalidade, é reconhecida a toda pessoa natural ou jurídica, indistintamente, e expressa a noção potencial, genérica e universal de ser sujeito de direitos. A segunda é a qualidade de poder praticar pessoal e diretamente os atos da vida civil, havendo distintos graus de capacidade, podendo ser a pessoa plenamente capaz, o que ocorre quando há a capacidade de direito e de exercícios juntos, absolutamente incapaz e relativamente incapaz, a depender das condições legais e biológicas. (TARTUCE, 2017).

No tocante à capacidade de fato, essa pressupõe que o titular possua o discernimento necessário à participação em uma relação jurídica civil. Ou seja, para se ter a capacidade de fato é preciso que a pessoa tenha suficiência para saber distinguir o certo do errado, o benéfico do prejudicial, bem como o que lhe é permitido do que é proibido. Isso porque, se a pessoa tem um discernimento incompleto de forma a necessitar de auxílio para poder suprir essa incompletude, isto é, se não tem a maturidade necessária para tanto, a ela se atribui uma capacidade limitada (incapacidade relativa). Assim, se a pessoa não possui discernimento algum para a prática dos atos da vida civil, de forma a necessitar se fazer representada por quem o tenha, a ela não se atribui capacidade de fato, isto é, não se confere a ela a prerrogativa de pessoalmente participar de relações jurídicas privadas, fazendo-se necessária a intervenção de um representante legal (incapacidade absoluta).

Em que pese a óbvia superioridade hierárquica dos preceitos constitucionais sobre os infraconstitucionais, detecta-se uma necessidade do reconhecimento dos direitos da personalidade a determinados sujeitos de direitos, para que estes consigam ampliar o espectro de efetivação de seus direitos fundamentais na relação com particulares. Dado que os direitos da personalidade consubstanciam-se em especificações mais precisas e concretas de prerrogativas do indivíduo, eles são importantes para a ampliação da proteção aludida aqui e devem ser observados e protegidos para que se resguarde a dignidade da pessoa humana em relações com particulares. Isso porque, conforme entendem Farias e Rosenvald (2015, p. 146),

enquanto os direitos da personalidade afirmam a proteção avançada da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas da coletividade (obrigação de não fazer, isto é, não violar a personalidade de outrem), as liberdades públicas funcionam a partir de garantias constitucionais impondo condutas positivas ao Estado para que estejam assegurados os direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade próprios da pessoa e de sua dignidade são classificados como: direitos à integridade física – à inteireza corporal, à vida, ao corpo, à saúde, ao cadáver; direitos à integridade intelectual – à liberdade de expressão e religiosa, à autoria literária ou científica, dentre outros; e direito à integridade psíquica ou moral – ao nome, à imagem, à privacidade, dentre outros. (TARTUCE, 2017).

Conforme o art. 11 do Código Civil, esses direitos são intransmissíveis, inalienáveis e, nesse contexto, relativamente disponíveis, ou seja, em que pese não poderem ser passíveis de disposição, seu exercício pode ser cedido momentaneamente, sempre se respeitando a titularidade do direito em questão, conforme o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Esses direitos são, ainda, absolutos, oponíveis *erga omnes*, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e extrapatrimoniais, posto que são insuscetíveis de apreciação econômica. (DINIZ, 2013).

Importa observar, ainda, que, a exemplo dos direitos fundamentais, também os da personalidade podem ser restritos, em prol do respeito e do resguardo dos direitos alheios. Nesse sentido, o Enunciado 139 da III Jornada de Direito Civil preconiza que os direitos da personalidade “podem sofrer limitações, ainda que não especificamente

previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes” (CFJ, 2002).

Portanto, sob a perspectiva do Direito Civil Constitucional, toda pessoa natural detém personalidade jurídica e, independentemente da idade, pode titularizar relações jurídicas, ainda que não o possa pessoalmente e individualmente em alguns casos, tal qual se dá com os absolutamente e relativamente incapazes. Fato é que, conforme prelecionam Farias e Rosenthal (2015), importa atualmente a formulada distinção entre a capacidade de fato e a de direito apenas no que tange à prática de direitos patrimoniais, uma vez que não há mais amparo constitucional para que seja feita a citada distinção em relações jurídicas de cunho existencial, como no caso de direitos da personalidade. Isso porque o caráter existencial transcende a mera conotação privatística da relação e adentra na dimensão da figura do ser humano em si considerado. Sobre os direitos da personalidade, Farias e Rosenthal (2015, p. 273) afirmam ainda que é inquestionável que “qualquer pessoa humana – maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício – pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade”.

Assim, os absolutamente e relativamente incapazes podem ser titulares de relações existenciais mesmo que não tenham capacidade plena, sendo vedada a objetificação dessas pessoas para manuseio como se fossem alheias aos seus direitos. Nessa linha, Junior e Machado (2002) propugnam uma positivação de direitos fundamentais exclusivos para crianças e adolescentes, como os direitos à alimentação, à educação, ao não trabalho, à inimizabilidade penal, à excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade, dentre outros que tenham como finalidade o exercício da cidadania próprio das qualidades peculiares dos sujeitos de direitos. Destarte, os autores tratam da proteção integral e destacam o fato de que os direitos da personalidade de adultos e os de crianças são legitimamente diferentes e reclamam, por isso, tratamentos distintos.

Portanto, os direitos constitucionais específicos destinados a pessoas portadoras de vulnerabilidades que ensejam especial proteção diante de suas fragilidades em razão do déficit psicofísico, como é o caso da criança e do adolescente, foram estabelecidos para reforçar os direitos fundamentais de que são titulares todas as pessoas humanas em geral, com intuito de que a liberdade e a igualdade sejam asseguradas de fato e universalmente (MORAES E TEIXEIRA, 2013).

3.6 Princípios estruturantes e concretizantes dos direitos das crianças e dos adolescentes

O reconhecimento da condição de sujeitos de direitos para os menores de dezoito anos é o ponto central da mudança da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral, uma vez que a ideia de crianças e de adolescentes como sujeitos de tutela é abandonada – ideia que objetificava esses indivíduos – e que, com base nesse reconhecimento, esses sujeitos passam a fazer jus ao arcabouço jurídico geral e ao específico dedicado aos sujeitos de direito que efetivamente podem exercer pessoalmente os atributos da personalidade jurídica. Nessa linha, segundo Bruñol (2001, p. 101),

os princípios, no marco de um sistema jurídico baseado no reconhecimento de direitos, podem-se dizer que são direitos que permitem exercer outros direitos e resolver conflitos entre direitos igualmente reconhecidos. Entendendo deste modo a ideia de ‘princípios’, a teoria supõe que eles se impõem às autoridades, isto é, são obrigatórios especialmente para as autoridades públicas e vão dirigidos precisamente para (ou contra) eles.

Para o propósito de se analisar a especificidade dos direitos das crianças e dos adolescentes, mostra-se interessante a seguinte proposta apresentada por Lima (2001): a análise do “duplo caráter sistemático dos Direitos da Criança e do Adolescente”, em razão de o sistema protetivo específico conter regras, valores e princípios próprios, e de ser também um sistema de direitos fundamentais, tendo assim um caráter de grau superior de afirmação sobre as demais normas. O autor compreende como decisiva, para que seja alcançada a efetividade da cidadania infantil, uma abordagem principiológica e também de entendimento do Direito da Criança e do Adolescente na essência de sua conformação jusfundamentalista formal e materialmente.

Essa análise do duplo caráter sistemático é proposta por Lima (2001) como imprescindível para que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam efetivados.

Trata-se de uma perspectiva que tem o direito como instância do processo social, e que o encara como sistema, normativa e axiologicamente, aberto e inacabado, que deve, contudo, ser racionalmente ordenado de forma a rejeitar qualquer movimento de desconsideração quanto à materialidade teleológica e valorativa do Direito. Considerar a criança e o adolescente como capazes para a prática de atos que se relacionam diretamente com seu caráter existencial é algo que se funda em valores como justiça e igualdade, e que transcende, portanto, o posicionamento lógico-formal sobre a incapacidade absoluta e relativa.

Vê-se nessa abordagem uma grande quantidade de princípios responsáveis por atribuir ao modelo de proteção das crianças e dos adolescentes as identidades axiológica e teleológica, que são responsáveis por conferir a coerência sistêmica desse modelo. De acordo com Lima (2001), sob pena de a proteção integral ser transformada em mero referencial ineficaz e sem legitimidade epistemológica, essa coerência deve ser refletida nos planos dogmáticos e doutrinários.

De forma pedagógica, Lima (2001) constrói uma rede “axiológica e hierarquizada” de princípios positivados na Constituição Federal de 88, na ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e no ECA, com o intuito de facilitar a compreensão por parte da sociedade da inclusão do paradigma da Proteção Integral Infantojuvenil no sistema jurídico nacional, uma vez que a inclusão desse novo modelo ensejou a reordenação harmônica do sistema jurídico como um todo.

Lima (2001, p. 132) defende que esses princípios exercem três funções jurídico-normativas. A primeira é a função fundamentadora, que institui os “marcos fundantes do Sistema Jurídico”, estabelecendo limites que devem ser respeitados e mantidos pelo aplicador do direito e pelo legislador. Essa função tem eficácia diretiva, pois determina ações afirmativas do Estado ante os assuntos relevantes para o interesse coletivo e omitidos pelo poder legislativo. Tal função também apresenta a eficácia limitativa, pois tem o condão de negar a vigência ou a validade de regras conflitantes com “os fundamentos da ordem jurídica estabelecida”, como “os objetivos do respectivo sistema político”, limitando-as.

Quanto à segunda função, hermenêutica ou interpretativa, suas prescrições orientam o hermeneuta na investigação quanto ao alcance e ao significado das regras jurídicas, em sintonia com os mandamentos do paradigma de estado de direito a que pertencem essas regras. Ainda diante da pluralidade de ordenamentos e da complexidade da sociedade atual, no contexto da função interpretativa, os princípios são

utilizados como saída racional diante de antinomias que, não raras vezes, ocorrem na lei (LIMA, 2001).

A última função citada por Lima (2001) está relacionada à omissão legal, que é quando os princípios funcionam como fonte formal de direito, sendo utilizados para preenchimento de alguma lacuna deixada na lei. Trata-se da função integrativa ou supletiva dos princípios gerais do direito, que, assim como a analogia e os costumes, é prevista expressamente no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para casos de omissão legal.

No que diz respeito ao Direito da Criança e do Adolescente, tem-se que esses princípios são, então, responsáveis também por conferir coerência lógico-sistemática ao arcabouço de proteção infantil, que é pautado na finalidade e nos valores que esse novo ramo do direito deve perquirir para garantir a cidadania infantojuvenil. Assim, é possibilitada a emancipação desses sujeitos em prol da efetivação de seus direitos individuais e também dos interesses coletivos evidenciados naquilo que pode ser caracterizado como o instinto primitivo de qualquer sociedade, qual seja, a busca pela continuidade dos povos.

Inspirado no pensamento de Canotilho (1995) no que se refere à identificação e classificação dos princípios constitucionais, Lima (2001) utiliza um critério metodológico de caráter teleológico e axiológico e divide os princípios sócio-jurídicos entre estruturantes e concretizantes, adaptando a classificação de Canotilho à Ordem Constitucional e ao Direito das Crianças dos Adolescentes. Dessa forma, esse autor coloca os princípios estruturantes no topo hierárquico normativo, uma vez que eles têm função organizacional, o que possibilita a resolução da colisão entre princípios e também das antinomias entre regras e princípios. Isso porque os princípios estruturantes estão incumbidos de garantir a unidade do sistema jurídico, possibilitada pelo sentido geral que eles próprios prescrevem. Ainda segundo Lima (2001, p. 160),

os princípios estruturantes do Direito da Criança e do Adolescente representam o testemunho normativo e teórico da revogação jurídica e da superação social, em sentido amplo, do Sistema Menorista, instituindo uma nova concepção jurídica, para uma nova concepção de Sociedade e de Estado no Brasil, instituindo, ademais, uma nova Ideologia Jurídica na área dos direitos de infanto-juvenis.

Os princípios concretizantes, por sua vez, como o próprio nome sugere, têm como função concretizar os princípios estruturantes. São os subprincípios, segundo Canotilho (1995), que trazem densidade para os princípios diretivos básicos estruturadores da ordem constitucional. No direito da Criança e do Adolescente, “os princípios concretizantes se subordinam e completam os princípios estruturantes, havendo entre eles uma relação lógico-formal e lógico-material (axiológica, teleológica), que denominamos subordinação-interativa-de-participação” (LIMA, 2001, p. 161).

Lima (2001), então, divide os princípios sociojurídicos em estruturantes e concretizantes. Ele tem como estruturantes os Princípios Fundamentais Gerais dos Direitos das Crianças e Adolescentes, que são: a Vinculação à Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas, a Universalização, o Caráter Jurídico Garantista e o Interesse Superior da Criança e do Adolescente. Com relação aos concretizantes, eles são os realizadores dos princípios estruturantes, que são: o Princípio da Prioridade ou Primazia Absoluta, o Princípio da Participação Popular, o Princípio da Descentralização Político-Administrativa, o Princípio da Desjurisdicionalização, o Princípio da Despolicialização, o Princípio da Humanização e o Princípio da Politização ou Ênfase nas Políticas Sociais Básicas.

O primeiro, e mais importante, princípio estruturante é o da Vinculação à Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas, que está explícito no art. 1º e no 3º do ECA. O estudo e a formulação da Doutrina da Proteção Integral, antes mesmo de sua promulgação internacional, apresentam-se como o marco fundador que possibilitou o rompimento com a antiga compreensão do “Direito Penal do Menor” e da “Doutrina da Situação Irregular” do Direito da Criança e do Adolescente, que reduzia esses sujeitos a objetos de tutela, fazendo-os depender da conveniência do Estado, que por toda a história nutriu a perspectiva da infância como problema (LIMA, 2001).

O respeito a esse princípio expressa, também, a impossibilidade de o Estado retroceder ao paradigma superado, diante da necessária persecução do almejado pela Doutrina, que é o cumprimento do dever do Estado de agir para garantir as facilidades e as possibilidades às crianças e aos adolescentes, visando o constante e pleno desenvolvimento desses sujeitos, em condições de dignidade e liberdade (LIMA, 2001).

Foi a aderência do Brasil à doutrina da Proteção Integral editada pela ONU que possibilitou a ampliação do Estado de Direito prescrito na Constituição, uma vez que este passou a considerar também os menores de dezoito anos como sujeitos de direitos.

Assim, as crianças e os adolescentes passaram a ser titulares, como todos os adultos, das prescrições constitucionais, como é o caso dos chamados direitos subjetivos públicos, materializados por meio do direito de se ingressar com ações compatíveis com o Estado Democrático de Direitos, para exigir respeito à sua cidadania.

Essa ampliação, que redefine o Estado de Direito subjetivamente, diante da descrição jurídica inclusiva de uma nova categoria social, a da criança e do adolescente, e objetivamente, garante em favor dos sujeitos dessa nova categoria social direitos fundamentais específicos e direcionados a eles, em atenção à peculiar situação deles de cidadãos em desenvolvimento (LIMA, 2001).

Quanto ao princípio estruturante da Universalização, depreendido da expressão dos arts. 1º, 2º e 3º do ECA, ele implica a compreensão de que os Direitos das Crianças e dos Adolescentes têm como objetivo efetivar a Doutrina da Proteção Integral de maneira universal. Ou seja, o “etiquetamento conceitual” promovido pelo antigo paradigma é rechaçado, sendo que o sistema de direitos fundamentais subjetivos de toda pessoa humana, bem como dos específicos para cidadãos em desenvolvimento, deve ser aplicado para todas as pessoas com até dezoito anos. Depreende-se desse compromisso emancipatório que o Princípio da Universalização promove a inclusão de todas as crianças e de todos os adolescentes no estágio do Estado Democrático de Direito vigente, vedando qualquer tipo de discriminação, em consonância, principalmente, com o parágrafo único do art. 3º do ECA (LIMA, 2001).

No mesmo sentido, para Sarlet (2010), o Princípio da Universalidade no direito constitucional brasileiro prescreve a titularidade de todas as pessoas dos direitos fundamentais pelo simples fato de elas serem pessoas, não significando que não possa haver diferenças que decorram, inclusive, do próprio princípio da igualdade, bem como de expressas exceções que a própria constituição preveja. Ocorre, portanto, que há direitos que são atribuídos a uma determinada categoria de pessoas, como a dos cônjuges, a dos trabalhadores, a dos consumidores, a das crianças etc. O que deve ser ressaltado é a necessária inclusão de todos que estejam contidos em determinada categoria como titulares dos respectivos direitos.

Com relação ao Princípio do Caráter Garantista, depreendido do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e dos arts. 3º e 4º do ECA, Lima (2001) o descreve como princípio estruturante da Doutrina da Proteção Integral. Segundo o autor, o arcabouço jurídico editado, além de prescrever os direitos das crianças, positiva também as formas de se concretizar esses direitos, prevendo os instrumentos jurídicos adequados, os

recursos econômicos, bem como os agentes responsáveis por essa concretização, tudo em atenção ao que a Doutrina pretende também como objetivos. Em outras palavras, no que se refere aos direitos das crianças, a convenção não se limita a prever e repreender os estados que aderiram a ela, mas os obriga econômica, política, social, ética e juridicamente a respeitar suas previsões.

Na construção teórica do Princípio do Caráter Garantista, Lima (2001) se baseia na construção teórica garantista fornecida por Ferrajoli (1997), cujos principais argumentos buscam a conformação de uma concepção do direito com bases no Estado Democrático. Nessa teoria é abandonada a ideia reducionista, de que é suficiente que a positivação das leis ocorra e seja válida, vigente, mas não eficaz. Ou seja, a Teoria do Garantismo Jurídico concebe o Estado Democrático como instrumento de construção e de concretização dos Direitos Fundamentais, e por isso está relacionada ao Direito da Criança e do Adolescente, pois a materialização desse direito é a efetivação das prescrições positivadas.

Quanto ao Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, ele pertence, também, ao rol dos princípios estruturantes do Direito Infantojuvenil, e está expresso em vários artigos da Convenção de 1989, tendo merecido destaque no art. 3.1, por se tratar da manifestação mais clara do alcance e da importância diretiva que ele concede a essa convenção. O destacado artigo prescreve que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (ONU, 1989).

O Interesse Superior da Criança e do Adolescente como princípio estruturante abandona a antiga percepção de que a proteção jurídico-social se dava por compaixão, caridade e filantropia para afirmar, segundo Bruñol (2001), o caráter garantista da Proteção Integral, que prescreve que os direitos dedicados às crianças e aos adolescentes devem ser promovidos. Desse modo, esse princípio faz com que haja a satisfação da integralidade desses direitos, sendo que nesse movimento devem ser adotadas pelos responsáveis pela aplicação desse princípio medidas que o atenda, avessas a qualquer conduta prejudicial à criança, não havendo espaço para discricionariedade.

Há na concretização integral dos direitos fundamentais dos cidadãos em desenvolvimento a resposta para o que seria o seu “interesse superior”. Assim, esse princípio estruturante tem a função de garantia de atenção primordial aos direitos desses sujeitos nas tomadas de decisão a seu respeito, por qualquer poder e por qualquer

responsável. Tal princípio é também instrumento para resoluções e interpretações de antinomias e de colisões jurídicas. E por ser estruturante dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, ele orienta politicamente os promotores de políticas públicas para a infância, contribuindo para o aperfeiçoamento da cidadania infantojuvenil (BRUÑOL, 2001). Ainda de acordo com Bruñol (2001),

das ideias expostas se entende que desde a ratificação da Convenção há uma igualdade absoluta entre o interesse maior da criança e dos seus direitos fundamentais, reconhecidos no Estado em questão. Dessa maneira, é possível afirmar que o interesse maior da criança é, precisamente, a satisfação integral dos seus direitos. Por sua vez, a formação desse princípio no artigo terceiro da Convenção permite compreender as seguintes características: trata-se de uma garantia, em que toda decisão que se refere à criança deve considerar primordialmente os seus direitos; é de grande amplitude, tendo em vista que não obriga somente ao legislador, mas também a todas as autoridades, instituições públicas e privadas, e aos pais; além disso, é uma norma de interpretação ou de resolução de conflitos jurídicos; por fim, é uma orientação ou diretriz política para a formulação de políticas públicas voltadas para infância, permitindo orientar a atuação pública em direção a um desenvolvimento harmônico dos direitos de todas as pessoas, crianças e adultos, contribuindo, sem dúvidas, para o aperfeiçoamento da vida democrática¹⁶ (BRUÑOL, 2001, p. 84, tradução nossa).

Segundo Lima (2001), os princípios concretizantes são aqueles cuja função é materializar e dar densidade aos estruturantes. O Princípio da Prioridade Absoluta está expresso no art. 3º da Convenção de 1989, no art. 227 da CF/88 e expresso e pormenorizado no art. 4º do ECA. Esse princípio é caracterizado pela obrigatoriedade

¹⁶ “[...] de las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más y nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos. Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas e a los padres; también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o diretriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.”

de a família, a comunidade, o Poder Público e a sociedade em geral priorizarem as crianças e os adolescentes quando da busca pela efetivação de direitos (LIMA, 2001).

A Constituição Federal de 1988 contempla as crianças e os adolescentes com um direito subjetivo público inédito e o Congresso Nacional confirma o compromisso protetivo ao internalizar a Convenção de 1989, bem como ao promulgar o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu art. 4º, repete o texto constitucional aperfeiçoando-o quanto à prescrição dos responsáveis pela concretização do Direito infantojuvenil, incluindo a comunidade no rol ocupado pela família, pela sociedade e pelo poder público (BRASIL, 1989).

O parágrafo único do art. 4º do ECA, a fim de positivar o alcance do Princípio da Prioridade Absoluta, evidencia a intenção concretizante desse princípio mediante à redefinição das ações político-administrativas que têm base na comunhão desse estatuto com a norma constitucional. Tais ações, portanto, devem ser orientadas pelas seguintes diretrizes:

- a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1989).

O contramovimento das ações políticas e sociais para a superação do menorismo no país teve como premissa, na definição de um projeto de sociedade novo, a necessidade de se estabelecer alicerces sob uma ética social nova, por meio de diretrizes que possibilitariam condições de reordenar social, legal e institucionalmente, com base em seus fundamentos, a relação entre a sociedade e o Estado e entre a Criança e o Adolescente. Por meio dessa ordenação originaram-se mudanças de conteúdo, de método e de gestão (LIMA, 2001).

Em continuidade a esse caráter redefinidor da gestão política e administrativa nacional, encontramos, no princípio da descentralização político-administrativa, previsto no artigo constitucional de número 227, §7º, e no 204, I, e no art. 86 do ECA, as mudanças originadas no campo da gestão, que tiveram como intuito a alteração do formato de administração das políticas de atendimento a crianças e a adolescentes,

principalmente no que diz respeito à organização e ao funcionamento das políticas públicas, que passaram a conceder atenção ao conteúdo dos direitos.

Como garantidor da implementação dos direitos infantojuvenis, o ordenamento reconhece autonomia à esfera de poder local, “cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social” (BRASIL, 1988). Dá-se ênfase ao papel dos municípios brasileiros, englobados os poderes públicos locais, na sua totalidade, os poderes Legislativo e Executivo, a administração direta, indireta e fundacional e todos os serviços públicos municipais (LIMA, 2001).

Por sua vez, a Humanização no Direito da Criança e do Adolescente como princípio fundamental para o alcance da realização da cidadania infantojuvenil, presente no art. 227 da Constituição, explicita a extensão de todo o conteúdo dos direitos inerentes a toda pessoa humana aos cidadãos em desenvolvimento. Nesses termos, o sistema de proteção de direitos fundamentais e de reorganização do funcionamento da sociedade brasileira, que tem por intuito o cumprimento da função social estabelecida pela Proteção integral, enxerga nesse princípio em voga um critério de determinação de conduta bem como de compreensão de direitos, possibilitando maior precisão na aplicação da proteção, tendo em vista a consonância do Estado de Direito, da cidadania e da Democracia com a afirmação da personalidade humana das crianças e dos adolescentes (LIMA, 2001).

Por fim, o Princípio da Politização, ou da Ênfase nas Políticas Sociais Básicas, apresenta-se como concretizador dos Direitos da Criança e do Adolescente, pois, segundo Lima (2001), ele é direcionado à operacionalidade do Estado na promoção de políticas públicas. A universalidade dos direitos infantojuvenis, somada à prioridade absoluta e ao interesse superior a que faz jus essa camada da população, compõe um sistema de garantias que une o atendimento adequado e prioritário dos direitos e as necessidades infantojuvenis com os demais direitos fundamentais, exigindo intervenção Estatal para sua concretização.

Essa intervenção é necessária em razão das profundas raízes criadas pelo menorismo no país, que impedem a correta compreensão por parte da sociedade civil e dos setores públicos do sentido da mudança da Doutrina da Situação Irregular para a da Proteção Integral. Além disso, há o fato do desconhecimento pelas crianças e pelos adolescentes dos seus direitos e dos meios para efetivá-los, de sua peculiar situação de

cidadãos em desenvolvimento, uma vez que esses sujeitos não possuem condição de defender seus direitos, de proteger seus interesses e de atender sozinhos às suas necessidades básicas. Eles também não possuem as facilidades, as oportunidades e os meios para custear a satisfação de seus direitos e de suas necessidades para seu desenvolvimento mental, físico, moral, social e espiritual. Por fim, há o fato de que as crianças e os adolescentes carecem dos fatores psicológicos, sociais e biológicos necessários para a realização autônoma de seus direitos de cidadãos (LIMA, 2001).

Refletir sobre o ordenamento jurídico passa pela tarefa de compreendê-lo como instrumento de realização dos valores políticos, sociais e econômicos pactuados no modelo jurídico adotado por cada Estado, de forma equilibrada e justa. Trata-se, pois, de um sistema direcionado incessantemente pelos valores jurídicos caros a determinadas sociedades. Nesse contexto, para Lima (2001, p. 158), os princípios estruturantes e concretizantes “são também expressões objetivantes do Direito”. Ou seja, são instrumentos materializadores do direito, com limites e diretiva propositiva das relações sociais que visam à realização plena da cidadania infantojuvenil.

3.7 O Estatuto da Primeira Infância como reforço à proteção integral e a hipervulnerabilidade

Recentemente, a Doutrina da Proteção Integral foi reforçada pela promulgação do Estatuto da Primeira Infância, que promove, dentro da infância já especificada neste trabalho, a caracterização dos direitos das crianças nos seus primeiros seis anos de vida completos (BRASIL, 2016).

A Proteção Integral visa ao desenvolvimento integral da criança e é prevista no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do ECA, os quais preveem que os direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens sejam assegurados com prioridade absoluta, exigindo do Estado o dever de promover políticas, serviços, programas e planos direcionados às especificidades dos sujeitos pertencentes à primeira infância (BRASIL, 2016). Isso porque a primeira infância apresenta características e importância exclusivas, que devem ser observadas na lei para que essas crianças não sejam prejudicadas por suas fragilidades que são negligenciadas pela lei geral de proteção infantil. Trata-se da busca pela igualdade material e da justiça para o caso concreto,

justificadas pela vulnerabilidade do grupo de pessoas em questão. De acordo com Marques e Miragem (2014, p. 120),

a vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

Ao enfatizar as diretrizes da proteção infantojuvenil, como o repúdio a qualquer forma de discriminação, o atendimento integral e integrado, a descentralização das ações entre os entes da federação e a adoção de uma abordagem participativa da sociedade como um todo, a lei preceitua as linhas a serem seguidas na formulação de políticas públicas específicas para a primeira infância. Essas políticas públicas devem, nos termos da lei, “atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã” (BRASIL, 2016). Como se vê, essa prescrição, mais uma vez, explicita a condição de sujeito de direito da criança, e inova ao expressamente conferir a ela a cidadania, tudo sem prejuízo da garantia do seu superior interesse, ou seja, de sua prioridade nas ações do Estado e da sociedade.

Em que pese todo o arcabouço jurídico de proteção infantojuvenil ser canalizado para que as pessoas em peculiar situação de desenvolvimento exerçam sua cidadania plenamente, é o Estatuto da Primeira Infância que inaugura a expressão do que antes era constatado pela conclusão óbvia da Doutrina da Proteção Integral. O estatuto ultrapassa o positivado no ECA (1990), que prevê o direito à educação visando o “preparo para o exercício da cidadania”, e que estabelece a “participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento” (BRASIL, 2016).

A participação das crianças na definição de ações sobre elas mesmas deve ocorrer em conformidade com as especificidades da idade, ser executada por meio de procedimentos de escuta apropriados para os distintos formatos de comunicação infantil e ser conduzida por pessoas com qualificação profissional (BRASIL, 2016).

A nova forma de comunicação expressa no estatuto em questão, como elemento da pós-modernidade, segundo Marques e Miragem (2014), apresenta-se como a

superação da antiga visão da criança como objeto do poder familiar, e estabelece novas formas de efetivação dos direitos desse sujeito vulnerável, que, além de agora ter o direito de ser consultado sobre situações que lhe digam respeito, também exerce diretamente seus direitos tendo voz ativa nas decisões.

Para Méndez (1996), a responsável direta pelas transformações cultural, política e social infantojuvenil é a cidadania. Isso porque o paradigma da Proteção Integral conforma um sistema de garantias que asseguram o conteúdo de direitos, incompatível com a discricionariedade subsistente no paradigma da Situação Irregular. Assim, as garantias atribuídas às crianças e aos adolescentes fazem parte de algo totalmente inovador, em oposição à superada perspectiva, pois além de conferir direitos, essas garantias promovem a efetividade de seus conteúdos.

Contudo, para que um sistema de garantias não seja um mero referencial, os seus sujeitos devem ter capacidade para requisitar seus direitos. Do contrário, eles serão meros expectadores, podendo até mesmo ser reduzidos a objetos da relação, conforme bem observa Méndez (1996, p. 198):

Ou se é sujeito de direito, tendo-se a capacidade de uso real das técnicas jurídicas que asseguram a efetividade das normas, das garantias, ou se é objeto da compaixão-repressão, o que quer dizer que são outros – os adultos ou o Estado – aqueles que decidem o que, como e quando.

Para Méndez (1996), reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos implica a particularização do alcance e do sentido de seus direitos humanos como meio adequado ao afinamento contínuo do espaço entre o exercício da cidadania e os direitos do homem. Nesse sentido, o Estatuto da Primeira Infância (2016), ao prescrever, expressamente, a criança como cidadã, oportuniza a participação das pessoas em peculiar situação de desenvolvimento em quaisquer procedimentos ou atos que visem à concretização de direitos de qualquer pessoa humana. E vai além: dá voz à criança e motiva sua participação na vida em família, na comunidade, na sociedade e nos espaços de poder para a formulação de políticas públicas e de ações que lhe digam respeito. Com o incentivo ao exercício da cidadania, a legislação vai ao encontro dos postulados do Estado Democrático de Direito e daquilo que ficava implícito no arcabouço jurídico conformador da Doutrina da Proteção Integral.

As inseparáveis democracia e cidadania voltam ao debate com a promulgação do Estatuto, e trazem à tona o núcleo da conformação dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, que é o reconhecimento pleno dessas pessoas como sujeitos de direitos em todos os aspectos, o que inclui as especificidades de sua peculiar situação de cidadãos em desenvolvimento.

O Estatuto homenageia a diversidade da infância brasileira e prevê que as diferenças entre crianças em seus âmbitos culturais e sociais devem ser valorizadas, com respeito a seus ritmos de desenvolvimento e à individualidade. Além disso, há o repúdio a qualquer forma de discriminação e a garantia universal de direitos a todas as crianças, com prioridade para políticas públicas relacionadas à alimentação, à saúde, à assistência social para a família da criança, à convivência familiar e comunitária, à assistência social, ao brincar, ao meio ambiente, à proteção contra toda forma de violência, entre outras (BRASIL, 2016).

Segundo o instrumento normativo, devem ser criados meios e condições para que as crianças sejam reconhecidas como produtoras de cultura e tenham acesso à produção cultural. Além disso, deve ser promovida pelos entes da federação a criação de espaços lúdicos, em locais públicos ou privados frequentados por crianças, que proporcionem o exercício da criatividade, o brincar e o bem-estar, bem como a criação de ambientes seguros e livres nas comunidades. Assim, como objetivos desse instrumento estão a inclusão social e a prioridade de investimento público no fomento à justiça social, à equidade e à redução de desigualdades de acesso a bens e serviços que promovam os direitos dos cidadãos na primeira infância (BRASIL, 2016).

É objetivada, também, juntamente com os meios sociais de comunicação, a formação de uma cultura de promoção e proteção infantil, bem como a articulação de evidências científicas e de exercícios profissionais com enfoques humanistas, éticos e políticos relacionados à “criança cidadã” (BRASIL, 2016). Essa previsão precisamente constata e busca combater os resquícios do antigo paradigma da “Situação Irregular”.

Assim, muito claramente, o Estatuto pauta a proteção especial das crianças na primeira infância e busca seu aperfeiçoamento em evidências científicas, valorizando aspectos de suma importância, como os discutidos nos estudos científicos feitos por Shonkoff (2011). De acordo com esse estudioso, o desenvolvimento emocional, cognitivo e social do indivíduo, desde a gravidez e em toda a primeira infância, é diretamente influenciado pelo meio em que esse indivíduo vive, o que inclui tanto o relacionamento com as outras pessoas como com o ambiente. Nesse contexto, meios

não saudáveis têm impactos negativos no desenvolvimento físico e mental das crianças em crescimento, podendo deixar sequelas prejudiciais que as acompanharão por toda a vida, influenciando negativamente em suas vivências e, conseqüentemente, na sociedade como um todo.

A construção do Estatuto se articula, então, para um determinado fim, tratando-se, pois, de uma lei com função social, que almeja e busca garantir, pelo método narrativo de se elaborar normas¹⁷, o desenvolvimento saudável de crianças na primeira infância, para que elas vivam a plenitude da já reconhecida cidadania. São responsáveis por esse fim, e devedores da efetividade dos direitos infantis, a sociedade, a família e o Estado, solidariamente.

A lei para a primeira infância almeja garantir a plenitude do exercício da cidadania para as crianças, em atenção às diferenças da peculiaridade da idade delas, sendo um instrumento de igualdade, que só consegue ser fomentado, de fato, quando priorizado. Marques e Miragem (2014) também chegam a esse entendimento ao analisarem o ECA e o Código de Defesa do Consumidor,

cujos espírito e teologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma de diferença, da igualdade/igualização dos desiguais, mediante tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova, também chamada de pós-moderna (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 96).

A vulnerabilidade infantil é reconhecida na Constituição Federal, no art. 227, no ECA e no Estatuto da Primeira Infância como “um estado *a priori*, considerando que a vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser “ferido” (*vulnerare*) ou é vítima fácil” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 131). Esse reconhecimento é responsável por garantir tratamento diferenciado e privilegiado em prol de se efetivar os direitos das crianças.

Nessa perspectiva, da igualdade material, o Estatuto da Primeira Infância, em seu art. 14, §2º, estabelece, dentro desse rol de políticas públicas que priorizam crianças

¹⁷ A narração como elemento da pós-modernidade “seria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microsistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas. Como vimos, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um belo exemplo de normas narrativas [...]” (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 137).

na primeira infância, urgência na promoção de políticas sociais públicas governamentais que visem apoiar as famílias, com intuito de promover a paternidade e a maternidade responsáveis. Trata-se de se considerar todos os direitos necessários para o desenvolvimento integral da criança, no caso de famílias que se “encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência” (BRASIL, 2016).

Para Marques e Miragem (2014), existe, hoje, uma tendência da lei de enfatizar os instrumentos de proteção e de normas compensatórias, originários da qualificação das fraquezas de determinados indivíduos de determinado grupo. Tais fraquezas são reconhecidas como acumulações de vulnerabilidades que, quando potencializadas, qualificam uma hipervulnerabilidade¹⁸.

A hipervulnerabilidade seria, portanto, a soma de vulnerabilidades, sendo a vulnerabilidade geral do grupo caracterizada por uma situação pessoal permanente, como deficiência física ou mental; ou temporária, como doença, gravidez, analfabetismo, menoridade (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Sobre o caso discutido neste estudo, trata-se do acúmulo das peculiaridades de um cidadão em desenvolvimento que está inserido em uma família que detenha alguma das pessoalidades citadas no art. 14, §2º, da lei. Isso porque essa família é considerada vulnerável por enfrentar alguma situação de risco, por encontrar dificuldade para desempenhar a função protetiva de cuidado e de educação em relação à criança nos primeiros seis anos de vida ou pelo fato de essa família ter como membro criança na primeira infância com indicadores de deficiência ou de risco (BRASIL, 2016).

Deve-se ter em mente que para se garantir a proteção integral e o desenvolvimento intelectual, físico e espiritual das crianças, plenamente, todos os seus direitos devem estar ao seu alcance. Caso haja impedimentos para que esses direitos sejam efetivados, essas crianças serão consideradas hipervulneráveis.

Depreende-se que a previsão legal garante a superproteção das famílias que tenham como membro algum cidadão com menos de seis anos ou que cumulem outras vulnerabilidades. Isso porque, para que o desenvolvimento integral da criança seja

¹⁸ O Superior Tribunal de Justiça reconhece o termo “hipervulnerabilidade” no REsp 586.316/MG, que tem como relator o Ministro Herman Benjamin, no âmbito do Direito do Consumidor, sendo que é reconhecida a presunção de vulnerabilidade do consumidor, que pode ser potencializada por idade reduzida ou alentada, doença, analfabetismo, gravidez, etc.

alcançado, indispensável é a preservação das relações familiares e dos ambientes em que essa criança se desenvolve (BRASIL, 2016).

O Estatuto da Primeira Infância, além de dispor sobre as políticas públicas para a primeira infância, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Penal (CPP)¹⁹, a Consolidação das Leis Trabalhistas²⁰, a Lei Programa Empresa Cidadã²¹ e a Lei que instituiu a Declaração de Nascido Vivo²². Depreende-se da leitura das alterações promovidas pelo estatuto nessas leis, que, em sua grande maioria, elas versam sobre o relacionamento familiar, desde as alterações feitas no ECA, que passa a integrar os direitos das crianças quanto à saúde em seus primeiros anos de vida aos direitos da mãe, até as alterações feitas na CLT, que passa a prever que não somente a mulher gestante possa se ausentar do trabalho em casos de consultas médicas, mas também que o pai da criança possa acompanhá-la.

Assim, fundamentado em evidências científicas que condicionam o bom desenvolvimento da criança desde a gestação até os seis anos de idade a ambientes e a relações saudáveis, o Estatuto da Primeira Infância particulariza as crianças dessa faixa etária para conferir-lhes mais direitos. Em outras palavras, há um empoderamento dessas crianças com o intuito de se garantir a efetividade de seus direitos, ou seja, esses sujeitos passam a ser considerados cidadãos em desenvolvimento.

3.8 A importância do relacionamento entre mãe e criança na primeira infância

Descritas a singularidade da primeira infância para o desenvolvimento do ser humano e a importância da família nesse contexto – dado que a vulnerabilidade é um fator que justifica a proteção estatal diferenciada e voltada ao direito da criança na primeira infância no que diz respeito ao seu desenvolvimento saudável –, e realizado o estudo dos direitos fundamentais básicos prescritos na Constituição Federal e nas leis específicas para cidadãos em desenvolvimento, resta tratar das garantias que vinculam a criança à mãe e dos direitos de convivência entre esses dois sujeitos.

¹⁹ Esse código altera os artigos 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 2016).

²⁰ Essa lei acrescenta incisos ao artigo 473 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (BRASIL, 2016).

²¹ Essa lei altera os artigos 1º, 3º, 4º e 5º da Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008 (BRASIL, 2016).

²² Essa lei acrescenta parágrafos ao artigo 5º da Lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012 (BRASIL, 2016).

3.8.1 Poder familiar

As garantias de relação e de convivência estão fundamentadas no poder familiar, descrito no Código Civil entre os arts. 1.630 e 1638, e também no ECA, entre os arts. 21 e 24. De acordo com Diniz (2015), trata-se de um *munus* público, de um direito-função, de um poder-dever, cujo encargo atribuído aos pais não está disponível, pois é inalienável, imprescritível, incompatível com a tutela. O poder familiar é o que detém a natureza da autoridade em uma relação parental, conforme os termos do art. 1.634, IX, do CC.

Como exercício de uma liberdade positiva, a autoridade parental estabelece deveres em família que devem ser cumpridos pelo filho, o que acaba por reduzir a liberdade deste. No entanto, ao receber os cuidados necessários ao seu desenvolvimento, o filho tem ampliado seu conjunto de liberdades substanciais. Assim, sua liberdade, que nesse caso está sujeita inevitavelmente ao estatuto da incapacidade civil, não deve ser compreendida com base na conversão da pessoa em objeto, mas na proteção que lhe foi constitucionalmente garantida (RUZYK, 2011).

De acordo com Dias (2015), na mudança de paradigma do pátrio poder para o poder familiar, o filho migra da situação de objeto do poder familiar para a situação de sujeito de direitos. Para a autora,

essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direitos das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho (DIAS, 2015, p. 461).

Não são, portanto, as crianças e os adolescentes objetos do poder familiar e eles não podem ser assim considerados nas ações que lhes digam respeito, por serem sujeitos de direitos participantes do convívio social e familiar de fato e de direito. Fachin (2003) apresenta essa dialética ao afirmar que,

em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, cujo sentido, como registram Lamartine e Francisco Muniz, foi expresso em livro publicado na então Alemanha Oriental: “O amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho”. (FACHIN, 2003, p. 264).

Nesse contexto, é incumbido aos pais, como titulares do exercício desse poder, de acordo com o ECA, em seu art. 22, “o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990). No mesmo sentido, está prescrito na Constituição Federal, no art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Cumprido pontuar, dessa forma, como preceitua o art. 1.634 do CC, a competência dos pais ante o exercício do poder familiar de atuar conforme incumbências em relação aos filhos, como: criar, educar, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para viagem ao exterior ou para casamento, representá-los judicialmente até os dezesseis anos ou assisti-los judicialmente até os dezoito, exigir obediência e respeito, havendo consequências nos casos de omissão.

Verifica-se que a amplitude dos dispositivos previstos na CF/88, no CC e no ECA pontua o dever dos pais de prestar assistência de diversas ordens aos filhos, sendo que esse poder-dever centrado na liberdade não pretende reduzir o poder familiar a um “exercício individualista de autonomia privada”, pois “não se trata [...] de uma tentativa de recondução a um conceito contratualista de família, mas, sim, de uma liberdade que se manifesta e se constrói no viver” (RUZYK, 2011, p. 325). A esse respeito, Groeninga (2011, p. 76) afirma que,

do ponto de vista intrafamiliar, é bem verdade que nessa estrutura há uma divisão e uma complementaridade de direitos e deveres, segundo a idade e de acordo com o lugar ocupado por cada membro, titularidade recíproca, definida segundo o ciclo vital de cada um e de cada família em especial. Assim, o exercício do poder, tanto em sua potência afetiva como no que se objetiva como direitos e deveres,

sofre variações também de acordo com idade dos componentes do grupo familiar.

Sofre, então, o poder familiar, variações que acompanham o momento histórico e as condições específicas de cada família. Há na relação entre pais e filhos uma reciprocidade de direitos, contudo, em razão da Doutrina da Proteção Integral, ocorre uma ênfase dos deveres dos pais com relação aos filhos, mais que dos filhos com relação aos pais. Essa necessária assimetria deve-se à vulnerabilidade, à dependência material e afetiva e à necessidade de proteção do filho. O poder familiar não tem, contudo, característica de posse ou domínio, mas caráter de potência de dever, que transcende a objetividade patrimonialista, uma vez que, hoje, a afetividade é atribuída grande importância para o desenvolvimento humano, sendo que a convivência e o relacionamento entre familiares passam a integrar direitos e deveres (GROENINGA, 2011).

As variações do poder familiar devem, então, levar em consideração o que seria o “melhor interesse da criança”, que, segundo Pereira (2005), se trata de um conceito que varia, a depender da sociedade, da cultura e dos valores. Tal conceito deve ser delimitado com base no caso concreto, “ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é melhor para o menor” (PEREIRA, 2005, p. 128).

Pelo que se detecta, houve mudanças em relação ao conceito de Poder Familiar em razão das diversas formas de relacionamentos familiares, das novas concepções dos papéis dos membros da família, das evoluções sociais e do “valor dado à convivência”, fatores que ampliaram o entendimento sobre esse conceito para engendrar a afetividade como potência das relações familiares (GROENINGA, 2011, p. 82).

Não há, para Groeninga (2011), contradição entre a proteção do interesse das crianças e dos adolescentes e o exercício da maternidade e da paternidade, pois esses dois elementos “estão diretamente relacionados aos interesses dos filhos, assim, o Poder Familiar visa aos interesses indissociáveis de todos os membros da família no exercício de suas funções, e não só dos incapazes” (GROENINGA, 2011, p. 96). Ou seja, os interesses dos filhos são indissociáveis dos interesses dos pais e dos da família. Ainda de acordo com Groeninga (2011), é o Poder Familiar o responsável também por delimitar os limites que garantem a inviolabilidade do espaço físico e do simbólico, por

exemplo, podendo os pais reclamá-los de quem detenha ilegalmente os filhos, nos termos do art. 1.634, do CC.

3.8.2 Convivência Familiar

No Poder Familiar estão fundamentadas as garantias da convivência familiar que, segundo Groeninga (2011, p. 111),

é o alicerce não só da formação da personalidade, mas da realização de nossa humanidade. Somos seres de natureza gregária e dependente, do que decorrem a própria origem e formulação do Direito, uma vez que ele trata das questões da convivência em sentido amplo.

O art. 227 da Constituição Federal prescreve, também com a prerrogativa de absoluta prioridade, o dever de o Estado, a família e a sociedade assegurarem às crianças e aos adolescentes a convivência familiar e comunitária. Seu §1º, inciso II fomenta a inclusão social de pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, mediante previsão de criação de políticas públicas de atendimento especializado e de formação profissional. (BRASIL, 1988).

Para Groeninga (2011), o legislador entendeu “convivência” como acepção do termo “contato”, com o mesmo sentido da concepção normativa inglesa, ou seja, convivência como forma de subsidiar os relacionamentos familiares e comunitários. Contudo, ela pontua que a convivência comunitária tem como finalidade a integração social, enquanto o relacionamento familiar é aquilo que sustenta o poder familiar.

O art. 16, V, do ECA (1990), por sua vez, prescreve a participação familiar e a comunitária como aspectos compreendidos dentro do direito à liberdade infantojuvenil, e estabelece, em seu capítulo III, o direito à convivência familiar e à comunitária. O art. 19, por sua vez, garante a convivência familiar e a comunitária em ambiente que assegure o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, bem como institui o direito dos cidadãos em desenvolvimento de serem educados e criados no seio de suas famílias. Depreende-se da leitura do citado artigo, que o ECA compreende a

convivência familiar e a comunitária como algo diferente do direito de os cidadãos em desenvolvimento serem educados e criados pela própria família.

Segundo Groeninga (2011), a convivência seria um meio de subsidiar a educação e a criação no seio familiar, mas não seria um elemento destas. Ela afirma ainda que, para a lei, a participação na família e na comunidade, garantida no art. 16, V, do ECA, teria o mesmo sentido da “convivência” prescrita no art. 19, e que esse conceito pode ser interpretado como o direito/dever de “visitas”. Conforme a autora, no entanto, o termo “convivência familiar”, no que se refere a relações familiares, não pode ser entendido como meras visitas. Para ela, em atenção ao estabelecido pelo Poder Familiar, a “convivência familiar” acolhe a noção temporal de continuidade e de presença integral na criação e na educação da criança e do adolescente.

Groeninga (2011) conclui, então, que o arcabouço jurídico nacional, incluindo a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, compreende a “convivência familiar” como mecanismo de suporte para o relacionamento familiar, devendo este último ser visto como uma espécie dos gêneros “visitas” e “convivência familiar”.

Dias (2015) corrobora esse entendimento e critica a forma como o ordenamento busca reduzir a “convivência familiar” ao “direito/dever de visitas”, ou seja, ao direito de se ter o filho por um período limitado de tempo. A autora prefere o “direito de convivência” ou “regime de relacionamento” em detrimento do termo “visitas”, pois eis que esses são os direitos a serem preservados mesmo quando os pais não moram juntos, uma vez que não é possível falar em Proteção Integral se as crianças e os adolescentes forem privados da presença de algum dos genitores.

Ademais, o direito de convivência não é apenas dos pais, mas também dos próprios filhos, que têm o direito de conviver com seus pais e de construir os vínculos maternos e paternos, sendo esse um direito de personalidade proveniente do direito à liberdade, do direito de se conviver com quem o cidadão quiser (DIAS, 2015).

Considerando-se o princípio da afetividade²³ e os termos do art. 23 do ECA (1990), pode-se dizer que a carência ou a falta de recursos materiais não constituem motivo para suspensão ou perda do poder familiar. O mesmo ocorre em relação à condenação criminal da mãe ou do pai, exceto se a condenação versar sobre “crime

²³ “A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico” (DIAS, 2015, p. 52).

doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente”, nos termos do art. 23, § 2º, do ECA ²⁴ (BRASIL, 1990).

Juridicamente, o direito à convivência familiar, originado do poder familiar, é garantido em igualdade de condições aos pais e às mães, nos termos da Constituição Federal de 88 (art. 5º, I, e art. 226, §5º) e do ECA (art. 21 e art. 22, parágrafo único). É necessário, contudo, que se promova uma análise aprofundada das necessidades reais das crianças e da importância dos vínculos maternos e paternos criados no início da vida para a formação humana, sob o prisma da consideração das diferenças e das especificidades das funções maternas e paternas.

3.8.3 A maternidade

Pereira (2005) pontua a necessidade da busca pela igualdade material pautada na cidadania, que exige o respeito à diferença também no Direito de Família. Deve ser fomentado, portanto, o trato igualitário entre a maternidade e a paternidade, já ampliado pelo movimento feminista, como o que ocorre em caso de guarda conjunta ou compartilhada. Essa igualdade é necessária devido ao fato de, no Direito, a história da mulher ser marcada por “um não lugar, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia e marcada pelo regime de incapacidade jurídica” (PEREIRA, 2005, p. 142).

Segundo Groeninga (2011), as diferenças entre maternidade e paternidade não devem ser tratadas como conflituosas, mesmo que em diversas ocasiões da perspectiva jurídica elas sejam conflitantes. Explica a autora que, por se tratar de interesses da família cuja finalidade é a de proteção e cuidado de seus membros, os exercícios dessas distintas funções são impreterivelmente complementares. Nesse mesmo sentido, não há

²⁴ O §2º do art. 23 foi incluído no ECA, em 2014, pela Lei nº. 12.962, e previa que “a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”. Esse parágrafo foi revogado e uma nova versão dele, feita em 2018 pela lei 13.715, passou a incluir a possibilidade de destituição do poder familiar em caso de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou outro descendente.

oposição de interesses na relação entre pais e filhos, em razão de os primeiros representarem os interesses da família, o que inclui os recursos da integralidade dos membros e o desenvolvimento da personalidade de todos.

A igualdade de condições, contudo, esbarra em algumas peculiaridades factuais do exercício materno prescritas na lei. Dessa forma faz-se necessária aqui a delimitação da convivência familiar materna.

Logo depois das disposições preliminares prescritas no ECA, em seu “Título I”, responsável por toda complexa gama de direitos infantojuvenis, vem o “Título II”, que versa sobre os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e que trata, em seu Capítulo I, do direito à vida e à saúde. O art. 8º inserido nesse capítulo, introduzido pelo Estatuto da Primeira Infância (2016), prescreve a esses cidadãos o direito de acesso, no âmbito do Sistema Único de Saúde, às políticas e programas de saúde da mulher, bem como às políticas de “planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral” (BRASIL, 1990).

Isso porque os direitos da mãe e os da criança nos primeiros anos de vida do ser humano são indissociáveis. Não é possível que a criança tenha um desenvolvimento integral e pleno nos primeiros anos de vida caso a gestação, o puerpério e os atendimentos integrais de pré-natal, de perinatal e de pós-natal não sejam efetivados. Segundo Groeninga (2011, p. 12),

um avanço na compreensão e no tratamento das relações familiares foi o privilégio dado à vulnerabilidade da criança e do adolescente, mas é de rigor o cuidado na manutenção das funções parentais, dissociadas das conjugais, para um efetivo privilégio do futuro. No entanto, a ênfase na criança e no adolescente como sujeito de direito, por vezes, ainda segue o modelo das relações dicotômicas, e não o das complementares – como devem ser as relações familiares. O direito da criança e do adolescente não pode ser dissociado do direito dos pais. Tal natureza deve ser considerada no seio das demandas judiciais.

Os parágrafos do art. 8º do ECA traçam os caminhos para que, da gestação ao pós-natal, o desenvolvimento integral da criança seja preservado, e o art. 9º assegura condições adequadas para isso, o que inclui o estabelecimento dos direitos dos filhos de mães submetidas a medidas privativas de liberdade, como o direito ao aleitamento materno, a ser garantido pelo poder público, pelos empregadores e pelas instituições.

O direito de amamentar e de ser amamentado e o incentivo à amamentação são alvos constantes de campanhas de organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). Uma dessas campanhas, intitulada “Dez passos para o sucesso no aleitamento materno”, foi lançada recentemente, em 2018. Segundo esses organismos, o incentivo ao aleitamento materno nos dois primeiros anos do bebê tem o condão de evitar, anualmente, a morte de mais de 820 mil crianças com idade de zero a cinco anos, em todo o mundo (OPAS BRASIL, 2018).

A impossibilidade de se desassociar mãe e filho, por se tratar, inclusive, de uma questão que envolve a mortalidade infantil, é reconhecida por lei e suscita ambiguidades, como a materializada no §10º do art. 8º do ECA, que prevê que:

Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança (BRASIL, 1990).

Essa previsão, apesar de confrontar preceitos da Doutrina da Proteção Integral e de normas constitucionais, atende ao direito das presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, prescrito no art. 5º, inciso L da CF/88, e trata da importância vital do relacionamento familiar entre mãe e filho. Portanto, o reconhecimento pela lei dessa necessária permanência, ou seja, da convivência contínua do filho com a mãe nos primeiros anos de vida, é uma questão de saúde e de sobrevivência da criança. Inclusive, para que haja a manutenção desse relacionamento, ocorre o encarceramento infantil.

3.8.4 A perspectiva da psicanálise

Bowlby (1988), psicanalista, psicólogo e psiquiatra britânico, afirma que, para um saudável desenvolvimento mental e para a formação da base do desenvolvimento da personalidade, a criança necessita conviver continuamente com ao menos um dos seus

genitores, sendo que, geralmente, a mãe faz o papel desse genitor. Outrossim, a relação materna é, segundo o autor, a relação mais importante nos três primeiros anos de vida da criança, fase em que o papel que o pai exerce aos olhos do filho é secundário, sendo que esse papel é redimensionado na medida do crescimento da criança.

Por sua vez, Winnicott (1979), pediatra e psicanalista inglês, afirma que a existência de um vínculo entre mãe e bebê, posto em prática inicialmente pela amamentação, é condicionante para o desenvolvimento humano saudável, para que as crianças e os adolescentes se tornem adultos independentes e preocupados socialmente. Assim, privar a criança desse vínculo atrapalha seu desenvolvimento emocional saudável e traz variados desdobramentos negativos em longo prazo. Esse autor trata do princípio do desenvolvimento emocional saudável de um bebê, que “só pode ser bem consolidado na base das relações com uma pessoa, que idealmente seria a mãe” (WINNICOTT, 1979, p. 103).

Assim como há uma tendência inata do bebê com relação ao desenvolvimento gradual das funções e do crescimento do seu corpo, de forma que ele comece a andar em momento próximo ao primeiro ano e a se sentar no quinto ou no sexto mês de vida, também ocorre com ele um movimento de desenvolvimento evolutivo emocional, que, contudo, não é proporcionado se as condições não forem suficientemente boas (WINNICOTT, 1980).

Como se vê, a separação entre mãe e filho nos primeiros anos de vida da criança traz consequências graves. A privação da convivência materna, em menor grau, pode causar angústia, exacerbada necessidade de amor e sentimentos aguçados e de vingança, o que, por sua vez, pode resultar em depressão e culpa, e, em longo prazo, na formação de uma personalidade instável e de distúrbios nervosos. Em maior grau, a privação total do relacionamento materno pode levar à mutilação total da capacidade de se relacionar com outras pessoas (BOWLBY, 1988). Segundo Bowlby (1988, p. 14),

chama-se “privação da mãe” a situação na qual uma criança não encontra este tipo de relação. É uma expressão ampla, que abrange um grande número de situações diferentes. Assim, uma criança sofre privação quando, vivendo em sua casa, a mãe (ou mãe substituta permanente) é incapaz de proporcionar-lhe os cuidados amorosos de que as crianças pequenas necessitam. E ainda, uma criança sofre privação se, por qualquer motivo, é afastada dos cuidados de sua mãe. Esta privação será relativamente suave se a criança passar a ser cuidada por alguém em quem ela já aprendeu a confiar e a quem já

conhece, mas pode ser acentuada se a mãe substituta em questão, embora amorosa, for uma estranha. Contudo, estas situações ainda dão à criança alguma satisfação; representam, portanto, exemplos de privação parcial. Opõem-se à “privação quase total”, ainda bastante comum nas instituições, nas creches residenciais e nos hospitais, onde frequentemente uma criança não dispõe de uma determinada pessoa que cuide dela de forma pessoal e com quem ela possa se sentir segura.

É no processo de troca de carinho, nas brincadeiras, na intimidade da amamentação, nos rituais de banho realizados pela mãe, por exemplo, “que o bebê apreende seu próprio valor” (BOWLBY, 1988, p. 17). Para Bowlby (1988), nos primeiros anos de vida, ou mesmo nas primeiras semanas, e até os sete anos de idade, as crianças estão sujeitas às consequências da privação materna. O autor afirma que a ausência da mãe pode causar o impedimento de ganho de peso da criança ainda que bem nutrida, a perda da capacidade de sorrir para outro rosto humano ou de reagir a estímulos e brincadeiras, inapetência, falta de iniciativa e problemas de sono. Além disso, quase sempre é detectado atraso de desenvolvimento da fala e de desenvolvimento físico, intelectual, mental e social.

Quanto ao reencontro após o período de separação, ele ocorre de modo igualmente conflituoso, pois as crianças, que já passaram por um processo de certa independência, podem se tornar, “de súbito, insuportavelmente exigentes e pouco razoáveis”, sendo que seu “ciúme e, sobretudo, sua possessividade em relação ao adulto amado podem ser ilimitados” (BOWLBY, 1988, p. 30).

As conclusões alcançadas por Bowlby, sobre o fato de que a privação da mãe na primeira infância causa consequências quanto ao desenvolvimento saudável da personalidade humana e quanto à saúde mental dos filhos, são provadas pela observação do crescimento de crianças em lares substitutos, em hospitais e em instituições, por meio de uma análise da vida pregressa de adultos e de adolescentes, com base em diagnósticos de problemas psicológicos, e pelo acompanhamento de crianças que factualmente sofreram privação do amor materno na primeira infância.

Cumprido, portanto, ressaltar que todas as respostas dadas pelo psicanalista britânico estão baseadas em pesquisas, como é o caso do estudo feito por ele com 30 crianças, com idade entre 34 e 35 meses, sendo que

metade delas tinham vivido em uma instituição e a outra metade em lares substitutos desde os quatro meses, constatou-se que o desenvolvimento do grupo dos lares substitutos achava-se dentro da média, enquanto que o das crianças de instituições beirava a deficiência mental (BOWLBY, 1988, p. 24).

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Spitz (1998, p. 356-357), psicólogo reconhecido por sua pesquisa sobre as privações sofridas por crianças abrigadas e cujo trabalho conduziu, depois de 1945, a reforma das condições de hospitalização de crianças pequenas em todo o mundo. Segundo esse psicólogo, as privações e carências de afeto sofridas por crianças nos primeiros dezoito meses de vida, em diversos graus, provocam o que ele chamou de “hospitalismo”, que tem como sintomas alterações progressivas físicas e psíquicas, como o retardo do desenvolvimento corporal, o mutismo, a incapacidade de adaptação e até mesmo a psicose. Em casos extremos, a ausência afetiva materna pode levar ao marasmo e à morte.

De acordo com Groeninga (2011, p. 159-160), na vida de uma criança,

alguém deve exercer uma função com constância, no início – a função materna –, enquanto o outro, que exerce a função paterna, pode fazê-lo sem continuidade e constância, mas estabelecendo contato, criando vínculo. Em outras palavras, o relacionamento familiar com aqueles que exercem função materna e paterna caracteriza-se por diferenças em relação à continuidade e descontinuidade da experiência psíquica, sendo a característica da temporalidade desta decorrente. Ambas, a continuidade e a descontinuidade da experiência psíquica, são necessárias para o desenvolvimento mental da criança.

Portanto, o relacionamento entre mães e filhos, principalmente nos primeiros anos de vida, é decisivo para o saudável desenvolvimento infantil e causador de consequências graves para os indivíduos e para a sociedade como um todo em caso de privação. Um diálogo com a psicanálise nos permite afirmar que a proteção da mãe e do filho, sujeitos que são indissociáveis juridicamente na primeira infância, é medida acertada. Contudo, os desdobramentos sociais desse relacionamento ocorrem em ambientes e situações diversos, o que exige um estudo aprofundado sobre as necessidades e os direitos que envolvem a busca da melhor solução para o caso concreto, em homenagem ao princípio do melhor interesse da criança.

4 INSUFICIÊNCIAS E INCOERÊNCIAS DO ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO PENAL COM RELAÇÃO ÀS MÃES DE CRIANÇAS MENORES DE DOZE ANOS

4.1 Fundamentos para o encarceramento infantil

Com intuito de que a problemática de que trata este capítulo seja bem introduzida, são apresentados aqui os argumentos normativos que fundamentam o encarceramento da criança menor de sete anos com sua mãe que responde processo penal ou que foi condenada. Inicialmente, cabe destacar que, para garantir direitos, a Constituição de 1988, em seu capítulo I, intitulado Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5º, inciso L, prescreve que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. (BRASIL, 1988).

Corroboram o direito à amamentação, os direitos sociais previstos na Constituição, em seu Capítulo 2, precisamente no caput do art. 6º, que assegura a proteção à maternidade e à infância, sendo que esta última é elevada à prioridade absoluta no art. 227 que compõe o Capítulo VII, intitulado Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

Contudo, a permanência de presidiárias com seus filhos dentro do cárcere é legitimada pela LEP. Alterada pela Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009, a LEP prescreve que aos recém-nascidos sejam garantidas as condições mínimas para sua permanência junto com a mãe no cárcere, ao estender a eles o acompanhamento médico da mulher durante o pré-natal e o pós-natal, conforme o art. 14, §3º, e, também, ao instituir minimamente os requisitos básicos que os estabelecimentos penais destinados a mulheres devem ter, conforme o art. 83, § 2º, 89 caput, e o art. 89, § único (BRASIL, 1984).

O ECA, por sua vez, garante à gestante os atendimentos pré-natal, perinatal e pós-natal, e, em seu art. 9º, assegura às mães o direito à amamentação, inclusive no caso de mães privadas de liberdade. Ou seja, os direitos da gestante e da mãe ao pré-natal, ao perinatal e ao pós-natal são direitos também da criança, por serem mãe e filho indissociáveis, principalmente no início da vida, como já discutido no capítulo anterior desta dissertação.

Houve, ainda, alteração do que previa o § único do art. 1.637 do Código Civil, que prescrevia a suspensão do “exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.” (BRASIL, 2002). Esse parágrafo único foi revogado pelo § 2º do art. 23 do ECA, cujo caput prescreve que a carência e a falta de recursos materiais não constituem motivos para suspensão ou perda do poder familiar. Reformulado pela Lei n. 13.715, de 2018, o citado parágrafo garante que a condenação criminal da mãe ou do pai não tem o condão de destituir o poder familiar nos casos que não dizem respeito a crime doloso praticado contra pessoa que seja titular do mesmo poder familiar, ou contra filha, filho ou outro descendente, cuja pena seja de reclusão.

Há, portanto, o reconhecimento normativo de que a separação da mãe, ré ou condenada, da criança, inocente e sujeito de direitos, ao menos nos primeiros anos de vida, já foi superada ante o reconhecimento da importância do vínculo materno para o desenvolvimento infantil. Há também a garantia legal de que a execução penal deve ocorrer nos termos ditados na sentença, devendo ser garantidos ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos por tal sentença ou pela lei, (art. 3 da LEP) o que inclui a manutenção do poder familiar dos pais. (BRASIL, 1984).

Há, contudo, o arcabouço jurídico de proteção e de reconhecimento dos direitos infantojuvenis, que, apesar de não ser novo, e de tratar de matéria fundamentada na Constituição, ainda carece de afirmação e precisa ser incluído no debate, o que faz com que seja necessária uma análise – sob o prisma de outros direitos fundamentais, para além do art. 5, L, da CF/88 – da situação de execuções penais que envolvem crianças filhas de mulheres encarceradas.

É necessário, portanto, incluir nessa discussão, e no sistema jurídico, os aspectos relacionados aos direitos protetivos e ativos das crianças, a fim de se delimitar o alcance desses direitos e as possíveis insuficiências e incoerências que a execução penal de mães de crianças provoca, para que seja possível o enfrentamento e a adequação de tal situação.

4.2 Resistência dos magistrados com relação à aplicação dos critérios objetivos legais para o deferimento da conversão da prisão preventiva para domiciliar

A execução penal da mulher que é presa provisória e mãe de filho menor de doze anos enfrenta especificidade imposta pela indissociabilidade da relação entre mãe e criança em fase de início da vida dessa. O Estatuto da Primeira Infância, que inclui no ordenamento processual penal a previsão de substituição de prisão preventiva pela prisão domiciliar, fundamenta-se na necessária garantia do desenvolvimento infantil integral, sendo que os direitos da criança devem ser garantidos com prioridade absoluta, seu interesse superior atendido e sua condição de sujeito de direitos e de cidadão em desenvolvimento reconhecida. A proteção integral da criança deve ser alcançada, portanto, pela consolidação da família como executora dos cuidados e da educação dos filhos durante a primeira infância. (BRASIL, 2016).

A previsão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar vem, então, amparada pelos direitos de uma terceira pessoa, que não a indiciada ou processada: o filho da mulher presa preventivamente. Tal substituição, conforme já discutido no capítulo anterior desta dissertação, deu ensejo ao HC Coletivo 143.641, que, por sua vez, influenciou a legislação a condicionar a mudança que houve nas medidas cautelares aos seguintes requisitos objetivos, dispostos no art. 318-A do CPP: que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça contra outra pessoa e que não tenha sido cometido contra o próprio filho ou dependente. O HC, contudo, prevê que a concessão desse benefício pode ser denegada, tendo em vista o caráter excepcionalíssimo da prisão, mas não determina o critério a ser utilizado, dando azo a decisões pouco objetivas, baseadas em critérios diversos, como a gravidade da conduta, a periculosidade da paciente, a reincidência, ou, ainda, a não imprescindibilidade da mãe para a criação do filho.

A esse respeito, cita-se aqui, por exemplo, o caso da decisão publicada em janeiro de 2020, no processo de *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.19.154522-7/000 impetrado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que denega o pedido de prisão domiciliar de uma mãe de duas filhas menores, presa em flagrante por tráfico de drogas, sob o argumento da gravidade da conduta, da periculosidade da paciente e do fato de que, aparentemente, a liberdade poderia propiciar a reiteração no crime, tendo em vista que ela responde em liberdade a outro processo, sem condenação, por tráfico de drogas. (MINAS GERAIS, 2020). Além de não detalhar por que a paciente seria perigosa, uma

vez que não há critérios objetivos quanto sua periculosidade, a decisão utiliza a existência de outros processos, ainda que não julgados, para a inclusão do argumento da reincidência e para a manutenção da prisão.

Frise-se que a aparente reincidência – pois oriunda de processo ainda não julgado –, utilizada no acórdão do TJMG como argumento de denegação do benefício, não foi incluída no art. 318-A do CPP como condicionante para a concessão do benefício. Portanto, tal decisão ultrapassa os requisitos exigidos pela lei para que haja a concessão do referido benefício, e até mesmo a reincidência técnica pontuada no HC Coletivo 143.641, que é utilizado para a análise pelo juiz quando do deferimento do benefício da prisão domiciliar.

As decisões do STJ utilizam as condicionantes prescritas na lei e também a previsão de excepcionalidade de situação que enseja a manutenção da prisão preventiva, nos termos do precedente do HC Coletivo 143.641. Esse é o caso do decidido no HC 473.152-MS, que denegou o pedido de prisão domiciliar para a mãe de um filho menor de doze anos, processada pelo crime de tráfico de drogas, por razão excepcionalíssima de o suposto tráfico ter ocorrido na sua residência e por não haver comprovação inequívoca da imprescindibilidade da mãe, ora paciente, para o cuidado de seu filho menor. (BRASIL, 2019).

No que diz respeito ao STF, há decisões como as dos HCs 170.151-SP e 176.108-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ambas proferidas após a vigência do art. 318-A do CPP. Essas decisões denegam a conversão das prisões preventivas para domiciliares. A primeira em razão de o domicílio da paciente aparentemente ter sido utilizado como espaço para a prática do tráfico e a segunda em razão de terem sido encontradas substâncias ilícitas na casa da paciente. (BRASIL 2019).

As citadas decisões demonstram que há resistência dos magistrados em aplicar, objetivamente, as condicionantes legais prescritas nos arts. 318 e 318-A do CPP, quais sejam: ser mãe de filhos que tenham até doze anos e não ter cometido os crimes com violência ou grave ameaça contra outra pessoa ou contra o próprio filho ou dependente.

Assim, a partir do momento em que a prescrição das condições objetivas foi dada pela lei, o critério decisório a ser utilizado pelo magistrado fica delimitado a tais condicionantes, ficando os requisitos prescritos pelo HC Coletivo 143.641 obsoletos em relação àquilo que não coincide com a lei. Parte da jurisprudência, contudo, continua a estender o rol de requisitos, em alguma medida, às condições objetivas pessoais da acusada ou indiciada que é mãe, indeferindo o benefício.

4.2.1 A prisão domiciliar como uma espécie de prisão preventiva

Ainda no que tange à aplicação da lei, é importante pontuar que os contornos da prisão preventiva se dão pela presença dos requisitos para sua aplicação, que estão previstos nos incisos I e II do art. 282 do CPP. Assim, para a utilização da citada medida deve estar presente o binômio necessidade e adequação. Quanto à necessidade da medida, ela se refere ao fato de que as medidas de restrições de liberdade decretadas são indispensáveis para que a lei penal seja aplicada, para evitar a prática de novas infrações penais e para a conveniência da instrução criminal ou da investigação, alternativamente. Com relação à adequação da medida, ela se refere às circunstâncias do fato, à gravidade do crime e às condições pessoais do acusado ou indiciado, e aponta o vínculo entre prisão cautelar e legalidade, estando ligada ao princípio constitucional da proporcionalidade que é peculiar da individualização da pena (NUCCI, 2013). Segundo Nucci (2013, p. 34-35),

nota-se o vínculo entre as medidas cautelares e a proporcionalidade, ou seja, tal como se fosse uma autêntica individualização da pena, deve-se analisar o fato e seu autor, em detalhes, para aplicar a mais adequada medida cautelar restritiva de liberdade. Cuida-se da individualização da medida cautelar, vez que existem várias à disposição do magistrado para aplicação ao caso concreto.

Ainda de acordo com Nucci (2020, p. 103), como medida de justiça e de igualdade, não há sentido em se nivelar seres humanos pela prática do mesmo tipo penal, “não teria sentido igualar os desiguais”, devendo a pena ser fixada individualmente com base em critérios legais, sendo arbitrado o que é devido a cada um. Assim, para esse autor, individualizar a pena significa que a cada pessoa cabe delimitada punição pela prática delituosa, não devendo a pena, portanto, ser padronizada.

A conversão da prisão preventiva em domiciliar apresentada no art. 318, IV e V, do CPP, e condicionada pelo art. 318-A, rege especificamente a adequação da medida no que tange às condições pessoais da acusada, visando à proteção de seu filho, que é sujeito de direitos fundamentais, de direitos da personalidade, e cujo interesse superior deve ser perquirido com prioridade absoluta. Trata-se de um sujeito que deve ser levado

em conta, de forma não opcional, quando da tomada de decisão do juiz, que tem em mãos todo um sistema jurídico voltado ao cumprimento de prisão preventiva em domicílio quando outra pessoa de até doze anos estiver envolvida, tudo isso visando ao desenvolvimento saudável infantil e à preservação do amplo rol de direitos do cidadão em desenvolvimento.

A prisão domiciliar, como espécie de benefício, está inserida no gênero “prisão preventiva”. A presa que detém os requisitos para a conversão da prisão preventiva para domiciliar detém também, por óbvio, os requisitos para estar presa preventivamente, apenas não está, ou não deveria, pois faz jus à prisão domiciliar quando presentes as condicionantes que a ensejam.

Afinal, inexiste, como ente autônomo, no prisma das medidas cautelares, a prisão domiciliar. O que, realmente, há é a prisão preventiva, que pode ser cumprida em domicílio. Logo, não é o caso de substituir uma pela outra, mas de inserir o indiciado ou réu em local diverso do presídio fechado para cumprir prisão cautelar, advinda dos requisitos do art. 312 do CPP, logo, preventiva (NUCCI, 2013, p. 113).

Nesses termos, presentes os requisitos condicionantes do deferimento da prisão domiciliar previstos no art. 318, IV, V e VI, e no 318-A do CPP, deve o benefício ser concedido, pois ele é adequado às condições pessoais do acusado. Em outras palavras, sendo a investigada ou acusada gestante ou mulher com filho menor de doze anos, ou sendo o acusado ou investigado o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos, e não tendo o crime sido praticado com violência ou grave ameaça ou contra o próprio filho ou dependente, deve a prisão preventiva ser convertida em domiciliar.

4.3 A presa definitiva, a previsão legal para a progressão de regime e a legislação sobre o tráfico de drogas

4.3.1 As prisões definitivas e a progressão de regime da pena: lacuna legal e contradição

O cumprimento da pena da presa definitiva em residência particular, ou seja, em prisão domiciliar, após o trânsito em julgado, poderá ser admitido, nos termos do art.

117 da LEP, em caso de pessoa enquadrada no regime aberto de cumprimento de pena, quando o condenado tiver mais de setenta anos ou tiver doença grave e quando a condenada estiver gestante ou tiver filho menor ou com deficiência física ou mental (BRASIL, 1984). Havendo esses requisitos, a prisão domiciliar deve ser deferida. Dessa forma, há o reconhecimento legal da espécie prisão domiciliar em caso de prisões decretadas ou mantidas, após o trânsito em julgado.

O citado benefício, ou a citada forma de cumprimento de pena, não é conferido às presas condenadas aos regimes semiaberto e fechado, mesmo que tenham filhos menores ou com deficiência e que estejam gestantes. Há, contudo, menção na LEP (art. 112, §3º) da particularidade de mulheres condenadas nos regimes citados e que tenham filhos menores ou com deficiência ou que estejam gestantes, ficando a cargo do DEPEN, nos termos do art. 72, VII, §2º da LEP, a avaliação da eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Dessa forma, no que diz respeito à presa definitiva, há na lei previsão de análise com relação ao cumprimento de pena em regime que não seja fechado, em casos de crimes sem grave ameaça ou violência, praticados por mulheres que estejam gestantes ou sejam mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. Contudo, não há notícias de aplicação dessa solução pelos magistrados nacionais, uma vez que tal medida está condicionada à análise de outro órgão, qual seja, o Depen.

Assim, em prol do desenvolvimento saudável infantil e da preservação dos direitos das crianças e dos adolescentes, que devem ser garantidos com prioridade absoluta, há a previsão legal de cumprimento de pena privativa de liberdade na espécie domiciliar para mães ou responsáveis por crianças menores de doze anos, tanto para presas definitivas condenadas em regime aberto quanto para presas preventivas. Quanto aos direitos das crianças envolvidas com o cárcere em razão do cumprimento de pena de suas mães condenadas a regimes semiaberto e fechado, eles são ignorados.

Conclui-se que, apesar de a lei reconhecer a necessidade do cumprimento de pena por mulheres que sejam mães fora do cárcere, no que tange à execução penal de mães condenadas em regime de pena semiaberto e fechado, ela é lacunosa por desconsiderar a característica pessoal da condenada, e, conseqüentemente, carente de adequação, o que a faz prejudicar a individualização da pena e os direitos infantis.

No que se refere à progressão de regime, segundo a Lei 13.769/2018, como já mencionado nesta dissertação, incumbe ao Departamento Penitenciário Nacional

acompanhar a execução das penas das mulheres que fazem jus ao benefício da progressão especial, ou seja, daquelas que: estiverem gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou por pessoas com deficiência, e que, cumulativamente, não tiverem cometido o crime com violência ou grave ameaça contra outra pessoa, não tiverem cometido o crime contra o próprio filho ou dependente, tiverem cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, não tiverem integrado organização criminosa, forem primárias e tiverem bom comportamento carcerário, a ser comprovado pelo diretor do estabelecimento, nos termos do já descrito art. 112, § 3º, da LEP.

Deve o Depen, nos termos do art. 72, VII, parágrafo 2º, da LEP, monitorar a integração social e a ocorrência de reincidência, específica²⁵ ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais, no que diz respeito às referidas mulheres, sendo que os resultados obtidos devem ser utilizados para a análise da desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização dessas mulheres. (BRASIL, 2018).

No que se refere à progressividade do regime de pena prevista para mães de crianças menores de doze anos, quando presentes as condicionantes legais, fariam essas mulheres jus ao benefício ainda que os crimes eventualmente cometidos fossem tipificados como hediondos. Contudo, essa previsão, apresentada pela Lei n. 13.769, de 2018, foi revogada pela Lei 13.964, de 2019.

Importa pontuar que, para fins de progressão de regime, o crime de tráfico de drogas, previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não é considerado hediondo ou algo equiparado apenas se o agente for primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não participar de organização criminosa. (BRASIL, 2006).

Assim, a sentenciada que for gestante, mãe ou responsável por crianças ou por pessoas com deficiência depende das condicionantes cumulativas para a progressão de regime, e de ela não ser reincidente em crimes vinculados ao tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de responder por crime hediondo, o que fará com que haja a manutenção do regime mais gravoso e seja vedada sua progressão em caso de reincidência específica, nos termos do parágrafo único do art. 44 da Lei de drogas.

A progressão especial de regime para mães ou responsáveis por crianças é posta na lei visando ao desenvolvimento saudável infantil e à preservação dos direitos das

²⁵ A reincidência específica, segundo Nassif (2001, p. 114), “refere-se ao delito repetido que é da mesma espécie que levou o agente a anterior condenação”.

crianças e dos adolescentes, ou seja, participa fundamentalmente do preceito legal relacionado à particularidade da presa, ao fato de ela ser mãe e carregar consigo no cumprimento da pena outra pessoa que não ela. Desse modo, resta o seguinte questionamento: O que é feito com os direitos dessas crianças que fundamentam a progressão do regime de pena de suas mães quando os demais requisitos da lei não são cumpridos?

Merece crítica a citada previsão de progressão especial de regime de pena para mães, pois, contraditoriamente, por meio dela é reconhecida a necessidade de progressão de regime para mulheres que são mães, com o intuito de se garantir os direitos dos filhos e da própria maternidade. Contudo, ao mesmo tempo em que a LEP prevê esse benefício, ela restringe os citados direitos, como se as demais condicionantes impostas apagassem a existência da maternidade e dos direitos do filho. Dessa forma o Estado acaba não sugerindo outra providência alternativa que não seja o consequente encarceramento infantil ou a separação entre mães e filhos.

4.3.2 O tráfico de drogas e a seletividade do aprisionamento feminino

É necessário recobrar aqui o fato de que 62% da população carcerária feminina total, composta por presas provisórias e definitivas, responde por crime de tráfico de drogas ou por crimes ligados ao tráfico (BRASIL, 2018). Soma-se a isso a estatística levantada pelo Infopen (2018), de que do total de mulheres encarceradas, 74% são mães. Nesses termos, pode-se dizer que o tráfico de drogas e os crimes a ele relacionados participam diretamente da problemática do encarceramento de mães e de filhos. Dessa forma, para que sejam encontradas soluções que respeitem os direitos da criança e os relativos à maternidade, é preciso debater, questionar e aperfeiçoar a lei de drogas, principalmente no que diz respeito à adoção de penas alternativas com relação ao cárcere.

Nesse contexto, no que tange a Lei de drogas, o art. 44 vedava a conversão de penas restritivas de liberdade para restritivas de direitos, nos casos de crimes relacionados ao tráfico de drogas previstos no art. 33, caput e § 1º, e nos arts. 34, 35, 36 e 37. Essa vedação, contudo, foi declarada inconstitucional pelo STF em 2010, no HC 97.256, pelo fato de que a impossibilidade da conversão ofende a garantia constitucional

da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da CF/88. (BRASIL, 2010). Combate-se com essa decisão a padronização que iguala infratores desiguais, bem como a mitigação da autonomia do juiz quando da necessidade de ele individualizar uma pena. Tal decisão evidencia também a política de combate às drogas escolhida pelo legislador, que tenta apresentar para a sociedade o encarceramento como resposta e solução.

Ainda no que se refere à questão legal, mesmo que tenha havido a despenalização quanto ao uso de drogas, a lei de 2006 trouxe o recrudescimento das penas e a criação de novas condutas tipificadas como crimes. Após sua promulgação, a lei que expressa que as práticas relacionadas ao tráfico são “inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória” promoveu o aumento das taxas de aprisionamentos intramuros, sobretudo do encarceramento feminino (SESTOKAS; OLIVEIRA, 2018).

São, contudo, segundo Sestokas e Oliveira (2018), o judiciário e as forças de segurança pública que definem quem será considerado traficante ou usuário na oportunidade da abordagem, o que faz com que o acesso às políticas de cuidado e de repressão do tráfico e do crime fique a critério desses entes. Dessa forma, a justiça criminal atual é que conforma o quadro carcerário atual, composto por pessoas periféricas, pobres, de baixa escolaridade e negras. Assim, além do problema normativo que prevê penas privativas de liberdade para os crimes relacionados a drogas, há ainda a questão da seletividade que define o grupo aprisionado.

Segundo Deborah Small (2016), advogada ativista norte-americana, há um esforço policial concentrado em favelas,

como se este fosse o único lugar onde as drogas estão, mesmo que nós saibamos que em todos os países o uso de drogas é igualmente distribuído e atinge todos os grupos sociais e econômicos. O problema é que, assim como nos Estados Unidos, há certa negação a respeito da existência de usuários de drogas e dependentes químicos entre os ricos e poderosos, e o foco é sempre a população pobre.

Como já dito neste trabalho, a população carcerária feminina nacional é, em sua grande maioria, composta por mulheres de baixa escolaridade, negras e solteiras. Trata-

se de mulheres que foram presas por sua relação com o tráfico ilícito de entorpecentes e em ambientes pré-determinados, o que expressa a seletividade que caracteriza essas prisões.

Cite-se, ainda, que os postos preenchidos por mulheres no tráfico, assim como o que ocorre no mercado formal, são de baixo escalão, ou seja, são posições com remunerações menores e subalternas, uma vez que essas mulheres participam principalmente da prática de transporte e da revenda de drogas, o que faz com que elas fiquem mais expostas ao contato com policiais e, por isso, sejam presas com maior facilidade (FERNANDES; DORNELLAS, 2018).

A omissão do Estado quanto à efetivação de direitos e sua política criminal antidrogas evidenciam, portanto, a propagação e a ênfase da seletividade do aprisionamento feminino, que é voltado a crimes relacionados ao tráfico de drogas. Ou seja, um grupo social é escolhido para ser aprisionado. À situação desse grupo, privado da liberdade e de direitos, são somadas as peculiaridades da maternagem, o que o torna ainda mais vulnerável.

Ainda que tenha havido uma evolução legislativa quanto ao desencarceramento materno-infantil com o intuito de se resguardar o laço familiar entre mãe e filho, as previsões a esse respeito ainda são insuficientes para se garantir o direito à maternidade e ao integral desenvolvimento infantil, pois elas são alheias à natureza da maioria das prisões femininas, que ocorrem pela prática do tráfico de drogas.

Tais previsões são, portanto, alheias à realidade do fator social que contribuiu para o aprisionamento das mulheres que são mães, o que dificulta a análise das condicionantes que podem levar ao deferimento dos benefícios. Esse cenário é, assim, incoerente em relação às próprias mudanças legislativas que já reconhecem a necessidade da garantia do direito ao relacionamento familiar e da efetivação dos direitos das crianças.

4.4 Os prazos de permanência de crianças no cárcere e a garantia contra a institucionalização de crianças em abrigos

A segurança jurídica relativa ao tempo de permanência da criança com a mãe no cárcere é objeto de desacordo normativo. A LEP fala em um período mínimo de seis meses, mas autoriza a criança desassistida – aquela que só tem a mãe – a permanecer no

cárcere até os sete anos. (BRASIL, 2009). Já a Resolução de n. 4, de 15 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, prescreve que o período de permanência da criança com a mãe presa será de até dois anos, com um tempo mínimo fixado em um ano e seis meses, quando se iniciará o processo gradual de separação, que deverá ser concluído aos dois anos. (BRASIL, 2009). De acordo com essa resolução,

deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as (os) filhas (os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro (BRASIL, 2009).

Ainda a respeito dessa resolução, em seu art. 6º, ela considera a possibilidade de permanência da criança com mais de dois anos e com até sete anos de idade junto da mãe na unidade prisional, desde que seja uma unidade materno-infantil, devidamente equipada com brinquedoteca, com área de lazer, com dormitório para mães e crianças e que ofereça a possibilidade da participação das crianças em creche externa (BRASIL, 2009).

Como se vê, a referida resolução e a referida lei, inicialmente, prescrevem prazos diferentes quanto à garantia de permanência da criança com a mãe no cárcere e o mesmo prazo máximo no caso de famílias desassistidas. A primeira, no entanto, prevê que a permanência máxima está condicionada às estruturas do cárcere. Dessa forma, é possível concluir o seguinte sobre essas duas previsões: a resolução entende que não é possível que uma criança com menos de um ano e meio seja separada de sua mãe e que uma criança com mais de dois anos esteja no cárcere sem que haja condições minimamente aceitáveis; a LEP, por sua vez, considerando que o prazo de garantia de permanência conjunta é de apenas seis meses, entende não ser possível dispor da guarda ou do poder familiar com relação a crianças com até sete anos que não tenham outra pessoa senão a mãe encarcerada para a manutenção da guarda e dos cuidados, e, por isso, prevê a permanência de crianças com até essa idade no cárcere.

Esse prazo previsto pela LEP é, então, uma garantia contra a institucionalização de crianças desassistidas e com menos de sete anos em abrigos. No entanto, tal garantia de não institucionalização não será assegurada se o Estado não dispor estruturalmente dos requisitos básicos previstos em lei para a permanência de mães e de filhos intramuros. Na ausência excepcional da mãe, ou da família natural, composta pelos pais, ou por qualquer um deles e seus irmãos (art. 25 do ECA), o cuidado com a criança se dará pela família ampliada ou extensa, formada por parentes próximos que convivem com a criança ou com o adolescente, o que permitirá a manutenção dos vínculos de afetividade e de afinidade (art. 25, § único, ECA). Diante da falta da família natural ou da ampliada, a criança será encaminhada para colocação em uma família substituta, para a inclusão em um programa de acolhimento familiar ou para o acolhimento institucional em abrigos. Quanto a esta última opção, ela não implica privação da liberdade e se dará provisoriamente e como forma de transição para a reintegração familiar ou para a colocação em uma família substituta²⁶, sendo seu prazo limitado a dezoito meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao superior interesse da criança (art. 101 caput, 101, §1º, e art. 19, §2º do ECA). Excepcionalmente, caso esgotados os recursos para que a família natural ou a extensa permaneça com a guarda, a criança será encaminhada para a adoção (art. 39 do ECA).

O art. 12 da referida resolução, por sua vez, prescreve que as condições e os prazos de manutenção das crianças nas unidades prisionais podem ser alterados mediante decisão do juiz competente, com base na avaliação de um psicólogo e de um assistente social. (BRASIL, 2009).

Dessa forma, pode ocorrer a ausência da segurança jurídica, porque o tempo de permanência da criança com a mãe em caso de desassistência previsto pela LEP fica condicionado a requisitos estruturais mínimos que, quando não alcançados, têm o condão de separar mãe e filho antes do prazo previsto na lei. Há, portanto, uma inversão da perspectiva do direito, uma vez que a garantia da permanência da mãe com o filho desassistido de até sete anos é condicionada à existência de um ambiente adequado a ser oferecido pelo Estado e que não há na lei outras penas restritivas de direito, ou previsão de pena privativa de liberdade em domicílio, que possam suprir essa inadequação.

Dos relatos detalhados na seção 1.2 desta dissertação, depreende-se que, de modo geral, a resolução de n. 4, de julho de 2009, é desrespeitada, uma vez que as

²⁶ “A família substituta é aquela concretizada pela guarda, tutela ou adoção.” (ISHIDA, 2015, p. 45).

crianças permanecem no cárcere pelo prazo mínimo prescrito na LEP, ou seja, por seis meses, sendo que depois elas são entregues a alguém da família, e, na ausência desse alguém, a abrigos ou para adoção. Essa situação retrata claramente a transmissão do ônus da precariedade estrutural do Estado para as mães e os filhos presos, que deixam de ter seus direitos assegurados em razão da incapacidade do Estado de prover estruturas adequadas, o que leva a um quadro de ausência de efetivação de direitos.

Não se trata aqui de se defender a manutenção da criança dentro do cárcere, mas de trazer à tona o fato de que o ônus do déficit estrutural desse ambiente, cuja responsabilidade é do Estado, acaba sendo transferido para as mães e os filhos presos. Tal fato comprime garantias, principalmente aquelas de filhos que são sozinhos e que, em razão do cumprimento da pena da mãe, são colocados em abrigos, em família substituta ou entregues para adoção. Isso porque, nos termos do art. 19 do ECA, “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. (BRASIL, 1990).

Importa pontuar que a solução apresentada pela legislação para a manutenção da convivência entre mães privadas da liberdade e seus filhos, que leva crianças de até sete anos para dentro do cárcere, contraria os direitos das crianças descritos no segundo capítulo desta dissertação, como os inerentes à primeira infância, que vai até os seis anos, em razão da especialidade dessa fase para o desenvolvimento humano, bem como os direitos à educação infantil. O direito à educação infantil, previsto no art. 208, I, da CF/88, nos arts. 53 e 54 do ECA e no art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 1996 - LDB), traduz-se pela efetivação do dever do Estado com relação à educação pública, dever de garantir a educação básica obrigatória a todos os cidadãos, dos quatro aos dezessete anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. (BRASIL, 1996). A Educação infantil poderá ser oferecida em creches, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para crianças de quatro a cinco anos de idade, sendo que a primeira etapa da educação básica complementa a ação da família e da comunidade, uma vez que sua finalidade é o desenvolvimento integral da criança, em seus aspectos intelectual, psicológico, físico e social (art. 30 da LDB). Quanto ao ensino fundamental, que também é obrigatório, as crianças ingressam nele aos seis anos de idade, sendo que ele tem duração de nove anos e tem como objetivo a formação do cidadão (art. 32 da LDB). Assim, é dever do Estado a manutenção dos cidadãos em desenvolvimento na escola. (BRASIL, 1996).

É necessária, portanto, da perspectiva atual de regulação da situação de mães e filhos que permanecem no cárcere, a instituição de prazos e de garantias de permanência que sejam seguros e aplicáveis. A essas mães deve ser assegurada a garantia da manutenção da guarda de seus filhos e do poder familiar, ainda que se trate de filhos desassistidos por tempo determinado, para que elas não sejam surpreendidas com uma eventual separação e possam se organizar de modo a evitar a institucionalização arbitrária ou a adoção de seus filhos. É necessário também o estabelecimento de formas alternativas de cumprimento de pena em casos em que o Estado estruturalmente não está apto a receber mães e filhos no cárcere, para que os direitos atualmente postos na lei sejam efetivados.

Da perspectiva dos direitos e das necessidades infantis, a LEP apresenta-se como insuficiente normativamente, pois é antagônica em relação aos direitos educacionais e aos relativos ao desenvolvimento saudável infantil, uma vez que ela não oferece uma resposta satisfatória quanto à convivência contínua entre mães e filhos que inclua o cumprimento de penas alternativas ou privativas de liberdade em domicílio.

4.5 Lacunas normativas sobre crianças no cárcere: entrada, permanência e saída

A presença da criança no cárcere revela lacunas na lei penal e no ordenamento jurídico nacional, uma vez que causa estranheza o fato de um sujeito de direitos estar encarcerado sem sentença penal condenatória e sem mandado de prisão, situação que gera insegurança e que impede a efetivação dos direitos desse sujeito.

A formalização e a burocracia que caracterizam o encaminhamento de qualquer pessoa ao cárcere devem se respaldar na estrita obediência aos direitos e às garantias fundamentais previstas no art. 5º da CF/88, como o direito ao devido processo legal (LIV), o direito à individualização da pena (XLVI), a garantia de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (XLV) e a garantia de que ninguém será preso a não ser em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente escrita e fundamentada (LXI). A esse respeito, o art. 288 do CPP garante que

ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade

competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora. (BRASIL, 1941).

Não há, contudo, previsão legal a respeito de qualquer documentação a ser lavrada para que crianças entrem no cárcere com suas mães em decorrência de prisão cautelar ou do cumprimento de pena e não há também regulação normativa sobre a permanência e a saída dessas crianças do cárcere. Há, portanto, uma lacuna legal que sustenta a realidade de crianças que vivem com suas mães dentro do cárcere, pois não há uma formalização da entrada, da permanência e da saída dessas crianças do cárcere. Ou seja, não há no sistema judicial e carcerário uma normativa que ampare a o encarceramento desses sujeitos, o que fomenta a invisibilidade da violação dos direitos fundamentais gerais e específicos e dos direitos da personalidade das crianças presas.

A informalidade alicerça também a inexistência de números concretos que quantifiquem e identifiquem essas crianças, como já dito neste trabalho. E essa situação obstaculiza a efetivação dos direitos ligados à saúde, à assistência social e à regulamentação do exercício da guarda da criança.

Como também já dito neste trabalho, a incapacidade civil, ou a ausência da capacidade de exercício de direitos, não retira da criança a capacidade de gozo dos seus direitos. Isso porque as crianças são reconhecidas como cidadãos em desenvolvimento e como sujeito de direitos, não podendo ser manuseadas por instituições como penitenciárias como se objetos fossem. O reconhecimento da titularidade de direitos veda, portanto, a informalidade da tratativa de encarceramento de crianças, uma vez que deve haver um trâmite legal a ser pré-definido que prescreva como devem ocorrer a entrada, a permanência e a saída dessas crianças do cárcere.

O período e o formato da separação entre mãe e filho participam também dessa problemática e geram insegurança jurídica, pois assim como ocorre com os ordenamentos protetivos diferentes desse, considerando a indissociabilidade da relação entre mãe e filho, o cumprimento da pena da mãe é regido pela vara de Execução Penal e a guarda e o poder familiar com relação à criança são discutidos nas varas de Família ou da Infância e Juventude. (SILVA, 2015).

Vieira (2013) afirma que no Centro de Progressão Penitenciária Feminino denominado Dra. Mariana Marigo Cardoso de Oliveira, conhecido como “Casa-Mãe”, uma unidade prisional localizada em São Paulo, as mulheres que cumprem pena em regime semiaberto têm um espaço específico para permanecerem com seus filhos pelo

período de seis meses, sendo que, após esse período, as crianças são entregues à própria família ou acolhidas em abrigos. Quando não há algum parente que faça as vezes da mãe, o caso é encaminhado à Vara da Infância e da Juventude, e quando há, a criança é recebida pela própria família, geralmente pela avó materna, mediante a assinatura de um termo de entrega e de responsabilidade, que expressa que a pessoa se compromete a regularizar a guarda da criança judicialmente. Tudo isso sem previsão legal.

Fica detectada, então, a falta de formalidade também do ato de entrega da criança para a família da mãe e do encaminhamento das crianças desassistidas para famílias substitutas, ou seja, é visível o tratamento informal, alheio a direitos, dado a essas crianças.

Ainda no que tange à falta de previsão legal, o ordenamento de proteção infantojuvenil afirma constitucionalmente o interesse prioritário da criança e do adolescente, que é o objetivo da atividade jurisdicional ao final das ações que dizem respeito à guarda, à tutela e ao poder familiar, cuja perspectiva de início é a manutenção do relacionamento entre mãe e filho. (BRASIL, 1990). No caso de mães encarceradas, esse objetivo não conta com uma previsão legal que resguarde a manutenção do vínculo com a criança, a mudança de guarda ou o poder familiar, ou seja, não há uma previsão legal que vincule os processos ligados ao relacionamento materno cuja competência é da Vara da Família ou da Vara da Infância e Juventude, processos esses que se desdobram sem conexão com o processo corrente na Vara de Execução Penal.

Essa ausência de comunicação entre essas varas agrava a tratativa quando a parte requerida no processo é a mãe encarcerada, pois, ainda que tecnicamente apresente uma defesa, ela está desamparada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, e em raras vezes alcança a autenticidade necessária para que seja comprovada a necessidade da manutenção de determinada guarda ou do poder familiar.

Assim, é preciso que os mandamentos processuais sejam seguidos rigorosamente para que haja a garantia do contraditório, substancialmente, e não apenas na sua forma. Desse modo, às partes do processo deve ser possibilitada uma participação no resultado final, e o magistrado deve, a todo tempo, fomentar essa participação (BRASIL, 2015). Nos casos de pessoas presas, esse fomento deve ser muito mais ativo do que em processos de pessoas livres, porque as primeiras, por razões óbvias, dependem, na maioria dos casos, do Estado, nas pessoas dos defensores públicos, para efetuarem suas defesas, e do Estado como promotor de políticas públicas para possibilitar o convívio familiar, como é o caso das mães encarceradas.

Nesse sentido, há também uma lacuna legal com relação a uma previsão que determine o andamento processual e a integração dos processos que correm na Vara de Execução Penal, na Vara da Família e na Vara da Infância e Juventude que digam respeito à mesma família, em obediência ao devido processo legal constitucional.

4.6 A suspensão e a destituição do poder familiar da mãe presa e as crianças como objetos da ação

O cenário da manutenção de responsáveis por crianças menores de doze anos no cárcere, separados de seus filhos, priva as crianças do relacionamento com seus responsáveis, e, muitas vezes, ocasiona um processo judicial, cujo objetivo é a destituição ou a suspensão do poder familiar daquele que o detém, uma vez que as crianças e os adolescentes são colocados em famílias substitutas sob as formas de guarda, tutela ou adoção (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018).

Sobre essa problemática, cumpre pontuar que a sentença penal condenatória não tem o condão de suspender ou de destituir o poder familiar, conforme os termos do art. 23, §2º, do ECA, alterado pela Lei n. 13.715, de 2018, ou seja, a suspensão e a destituição do poder familiar não são mais consequências automáticas da sentença penal condenatória ou do mandado de prisão, de acordo com a alteração feita no parágrafo único do art. 1.637 do Código Civil. A influência que a sentença penal condenatória tem sobre o poder familiar está limitada ao que prescreve o art. 92, II, do CP, incluído pela Lei 13.715, de 2018, que aduz que haverá incapacidade do exercício do poder familiar, da curatela e da tutela tão somente quando a condenação for oriunda de cometimento de crime doloso sujeito a pena de reclusão e praticado contra a pessoa titular do mesmo poder familiar, o filho, a filha, ou outro descendente, ou contra o tutelado ou o curatelado.

Além disso, o caput do art. 23 do ECA, cujo §2º já foi discutido neste trabalho, esclarece que a escassez de recursos materiais não configura motivo para a destituição do poder familiar, sendo que, nesse caso, a família deve ser incluída em programas e serviços oficiais de assistência social. Portanto, é garantido que o cumprimento de pena por condenação e a escassez de recursos materiais por si sós não bastam para que o poder familiar seja suspenso ou extinto.

O que é importante destacar aqui é que as limitações que a execução penal feminina traz à mãe encarcerada não atingem seu poder familiar, quando assim não determinado em decisões judiciais, obrigando-a a exercê-lo em sua plenitude. Como visto, não há disponibilidade no curso do exercício do poder familiar e as limitações impostas decorrem da lei e não da vontade dos pais (VIEIRA, 2013, p. 199).

Segundo o ECA, o processo de destituição do poder familiar deverá tramitar no prazo máximo de 120 dias e deverá ser deferido apenas em notória inviabilidade de manutenção desse poder, devendo o juiz direcionar esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

A rapidez do procedimento deve ser ressaltada pela necessidade de rápida resolução da situação em que a criança ou o adolescente se encontra, no entanto, o ECA determina que a manutenção do poder familiar é uma regra que somente será excepcionada quando houver notória inviabilidade dessa medida, isso porque entende-se que ela atende ao superior interesse da criança e do adolescente.

Nesse contexto, diante da dificuldade que as mães presas encontram de fazer a sua defesa e da ausência de políticas públicas de fomento de manutenção do seu poder familiar, restam a suspensão e a destituição do poder familiar por serem essas as medidas ilegalmente possíveis para essas mulheres. Ilegalmente porque não é oportunizado a elas o pleno contraditório, em razão da peculiaridade de suas situações, que passa a ser apenas um aspecto formal do processo, e porque o Estado não cumpre o dever de possibilitar a elas as diferentes formas para a manutenção do vínculo com seus filhos.

A justiça criminal, portanto, não é competente para julgar ações que digam respeito ao poder familiar, mas acaba por promovê-las. Há a questão da dificuldade do contraditório ante a já pontuada lacuna normativa no que se refere à ausência de uma conexão entre a execução penal da mãe e o procedimento relacionado ao poder familiar relativo à criança, que corre na Vara da Família ou na Vara da Infância e Juventude; e há também a omissão do Estado, que, apesar de não permitir que o poder familiar seja retirado das mães apenas com base na justificativa de que elas respondem por crimes, não fornece possibilidades para uma resposta autêntica para a situação delas por meio de políticas públicas que proporcionem a proteção integral infantil. Ou seja, o Estado cerceia a liberdade da mãe sem retirar dela os direitos quanto ao poder familiar, mas impede o desempenho desse poder ao não promover meios para que ele ocorra. Tudo

isso à revelia de todo o ordenamento do direito infantil que, por sua vez, impulsiona o próprio Estado e toda a sociedade a promover políticas públicas.

Nesse contexto, “tomar à força bebês e crianças de suas mães selecionadas pelo sistema penal, sem que haja, comprovada e judicialmente, um grande motivo para isso, consiste em um verdadeiro sequestro dessas maternidades pelo poder punitivo” (SILVA, p. 788, 2018).

Além do problema da efetivação de direitos, há na ação que objetiva a destituição daquilo que antes denominávamos pátrio poder, prevista no ECA, certa deficiência normativa, pois se trata de um procedimento que pode ser caracterizado, hoje, como inquisitorial e antigo, uma vez que nele a criança e o adolescente não são considerados como sujeitos de direitos, mas como objetos da ação, como se eles não fossem titulares ativos de direitos fundamentais e de direitos da personalidade. Isso porque o Estado, representado por membros do Ministério Público, é aquele que requer a destituição e, na mesma ação, representa a criança e o adolescente. (BRASIL, 1990).

O § 3º do art. 161, do ECA, prevê que se a ação versar sobre a modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou do adolescente, respeitados o estágio de desenvolvimento e o grau de compreensão desses sujeitos sobre as implicações da medida. No entanto, peculiarmente, a lei estabelece que não será nomeado curador especial e que será desnecessária a oitiva da criança ou do adolescente, caso o Ministério Público figure no polo ativo da demanda de destituição ou de suspensão do poder familiar, nos termos do art. 162, § 4º: “Quando o procedimento de destituição de poder familiar for iniciado pelo Ministério Público, não haverá necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou adolescente.” (BRASIL, 1990).

Os superiores interesses da criança e do adolescente, então, serão defendidos pela mesma pessoa – processual – que acusa ou que requer a destituição. Ou seja, o Ministério Público é que defenderá os interesses desses sujeitos na medida em que faz a acusação, já definindo em âmbito ministerial qual será a melhor decisão a ser tomada para aquela criança ou adolescente, resolvendo, já em um primeiro momento, sobre um dos conflitos da demanda, função que deveria ser desempenhada pelo magistrado. O que se dá é a transformação da demanda em um conflito entre a criança e a mãe, sendo que a criança tem a sua figura absorvida pela representação ministerial de acusação, perdendo sua individualidade como cidadã detentora de opinião própria e de direitos, inclusive os direitos processuais.

Subentender que não é necessária a nomeação de curador especial em ação de destituição de poder familiar iniciada pelo Ministério Público, pois este cuidará dos interesses da criança e do adolescente, é evidenciar uma lacuna de representação, nas palavras de Péricles Batista da Silva (2012):

Em suma, em uma abordagem técnica, a não designação de curador especial para cuidar exclusivamente dos interesses das crianças e dos adolescentes, implica um desequilíbrio na relação entre as partes: o julgador é imparcial; o genitor tem seus interesses cuidados por defensor, constituído ou nomeado; A sociedade e o Estado são protegidos pela atuação do Ministério Público, como *custus legis*. A criança ou adolescente, se não lhe é nomeado curador, não tem ninguém. Tecnicamente, está desassistido.

Nesse tipo de ação, as crianças são tratadas como objetos do poder familiar e, ato contínuo, como objetos da ação de destituição ou de suspensão do poder-dever. Isso porque, no procedimento, quando impetrado pelo Ministério Público, a lei, de forma expressa e contraditória, exclui as oitivas desses sujeitos, além de despromover a nomeação de curador especial para eles, dispensando, então, a opinião, a representação e a defesa daqueles que têm o superior interesse na demanda. Frise-se que, no que se refere à mudança de guarda, a oitiva da criança ou do adolescente é obrigatória, o que enfatiza a contradição no procedimento aqui debatido.

4.7 A falta de condições da estrutura do cárcere para acolher gestantes e crianças

4.7.1 As constatações das carências estruturais do cárcere

A LEP prevê que no cárcere deverão existir berçários, onde as mães e as crianças permanecerão juntas por no mínimo seis meses, bem como seção para gestantes e parturientes e creche para as crianças maiores de seis meses e menores de sete anos (BRASIL, 2009). Tudo isso sem prejuízo das especificações básicas previstas no art. 88 da LEP, que prevê cela individual para cada preso, com aparelho sanitário, com lavatório, com área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados) e com garantia da

salubridade do ambiente, que deverá ser adequado à existência humana no que diz respeito a fatores de aeração, de isolamento e de condicionamento térmico (BRASIL, 1984).

Segundo a Resolução n. 4, de 2009, do CNPCP, os estabelecimentos penais femininos, para abrigarem crianças de até dois anos, devem assegurar, para as mães e para suas crianças, um berçário com até quatro leitos por quarto, com algum ambiente com área descoberta, com espaço para lazer e com banheiros que caibam banheiras infantis. Assim, segundo o art. 37 do CP, as mulheres devem cumprir pena “em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal” (BRASIL, 1940).

Todavia, além de haver uma superlotação nas penitenciárias femininas nacionais, uma vez que há um déficit de 15.326 vagas, elas, em sua maioria, não contam com espaços adequados para a manutenção dessas mães e de seus filhos intramuros. Como já mencionado, do total de estabelecimentos prisionais, 16% são mistos e 7% são destinados às mulheres. Das vagas destinadas para o gênero feminino, apenas 16% têm celas para gestantes, 14% têm berçários ou centros de referência materno-infantil e 3% têm creche. Além disso, há clara deficiência estrutural no sistema carcerário, pois as mulheres e as crianças são privadas das condições mínimas de assistência, o que resulta no comprometimento da saúde dessas crianças, uma vez que tal falta de condições pode fazer com que elas sofram danos físicos, emocionais e psíquicos (BRASIL, 2018).

Vieira (2013) pontua que há uma negligência estatal histórica quanto às condições das mulheres no cárcere, e que isso se deve a uma confluência de fatores, que vão desde o fato de que a quantidade de homens infratores é muito maior que a de mulheres até a terceirização da administração dos presídios femininos.

Ademais, conforme Marcos Fuchs, o então diretor adjunto da Conectas, organização não governamental que luta pelos direitos humanos, “a mulher já tem o seu papel e seu espaço limitado por uma sociedade patriarcal. Quando presa, é duplamente punida – por ser mulher e pelo suposto crime [...] Na prática, isso significa que o cárcere agrava a situação de desigualdade de gênero de nossa sociedade” (CONNECTAS, 2015).

Já foi reconhecido, aliás, pelo STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/15, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário nacional, pautado na realidade das penitenciárias brasileiras, que apresentam celas superlotadas, imundas e insalubres, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, proliferação de

doenças infectocontagiosas, espancamentos, homicídios frequentes, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por agentes do Estado quanto por outros detentos, e ausência de assistência judiciária adequada quanto ao acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Esses dados impressionam pelo fato de que a crueldade é mais evidente contra as minorias, compostas por pessoas com deficiência, mulheres e homossexuais (BRASIL, 2015).

4.7.2 Descumprimento de preceitos normativos de direitos fundamentais: consequências e soluções

O Estado de Coisas Inconstitucional é declarado pela corte constitucional de cada país, no caso do Brasil, pelo STF, que reconhece a ocorrência de um cenário inaceitável de violação massiva de direitos garantidos constitucionalmente, caracterizado por ações ou omissões de diversos poderes públicos. Tal inoperância desses poderes faz com que somente mudanças efetivas na atuação das autoridades públicas possam contribuir para a transformação desse quadro fático. Diante da excepcionalidade desse cenário, o tribunal se incumbe de atuar na coordenação das medidas imprescindíveis para a superação das inconstitucionalidades, bem como na promoção e alocação de recursos orçamentários e de políticas públicas (CAMPOS, 2015).

O que importa evidenciar aqui é o despreparo do ambiente prisional para receber mães e filhos, uma vez que ele acarreta o descumprimento dos direitos fundamentais individuais e coletivos elencados no art. 5º da CF/88 e estabelece um quadro de ausência de eficácia desses direitos. Isso porque o inciso III desse artigo veda a tortura e o tratamento desumano e degradante, atos que acabam ocorrendo em unidades prisionais que não apresentam as condições básicas para receber mães e filhos. Além disso, o inciso XLVII desse mesmo artigo veda a aplicação de penas cruéis.

O cumprimento de pena em ambientes inadequados por mães presas tem como consequência a ampliação da pena sentenciada, uma vez que o regime se torna mais gravoso do que aquele ao qual ela foi condenada, o que se configura como uma infração em relação ao disposto no inciso XLVI do citado artigo, que prevê a individualização da pena. Além disso, nesse caso ocorre, ainda, a extensão da pena, uma vez que o filho

inocente acaba sendo atingido, situação que contraria a garantia prevista no inciso XLV desse artigo, a de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. (BRASIL, 1988).

A proteção integral infantojuvenil, que alça as crianças a sujeitos de direitos e que a elas concede também os direitos que a especificidade da idade exige, alçando-as a cidadãos em desenvolvimento, retrata um quadro de inconstitucionalidades quando do encarceramento infantil, pois confronta diretamente os preceitos fundamentais de execução da pena e de privação da liberdade. A manutenção da mulher grávida ou com filho dentro do cárcere, diante da precariedade das condições das penitenciárias nacionais, engendra não somente um excesso na execução da pena, mas a transcendência da pena para a criança inocente.

Os direitos infantis violados nesse encarceramento por tabela são apenas fatores agravantes dessa situação, pois a simples constatação da estrutura física precária e inadequada para a manutenção de mãe e filho intramuros já deveria ensejar a remoção de ambos para um local apropriado. Tal medida faz parte do decidido no Recurso Extraordinário n. 641.320, no tema de repercussão geral n. 423, de 2016, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes, e que hoje é matéria da Súmula Vinculante 56, que, por sua vez, garante: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

Não é autorizado, portanto, o cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o sentenciado – por exemplo, no regime fechado em caso de falta de estabelecimento adequado ao regime semiaberto –, pois trata-se de violação dos princípios da legalidade (art. 5º, XXXIX) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI). Nesses termos, em caso de ausência de vagas em estabelecimentos para o cumprimento de pena no regime sentenciado, as providências a serem tomadas deverão estar de acordo com as alternativas apresentadas no RE 641.320:

- (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
- (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
- (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (BRASIL, 2016).

Dessa forma, uma vez previstas legalmente as condições mínimas que os estabelecimentos aptos a receber mães e filhos devem ter, e uma vez tornada obrigatória a notificação ao juízo sobre a existência da condição de gestante da mulher presa e sobre a existência de filhos menores ou com deficiência (conforme os art. 6º, 185 e 304 do CPP), não há como vigorar a manutenção da mãe e de seu filho intramuros, devendo medidas alternativas de cumprimento de pena serem deferidas, nos termos já fixados nos precedentes.

5 A “SOBREVIDA” DO PARADIGMA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E SUA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO: CONSIDERAÇÕES

5.1 A ambiguidade de paradigmas

5.1.1 A manutenção do paradigma da situação irregular

Com base em uma perspectiva do direito das crianças e dos adolescentes, buscou-se até aqui perquirir e evidenciar as insuficiências e as incoerências da execução penal de mulheres que são mães e de seus filhos, que passam a ser privados da liberdade ou do relacionamento materno, de modo que as reflexões feitas pudessem suscitar esclarecimentos sobre o alcance desses direitos e sobre o real significado de se proteger integralmente esses sujeitos. Agora é possível afirmar essas crianças como sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais universais, de direitos fundamentais específicos e de direitos da personalidade. E por se tratar de cidadãos em desenvolvimento, devem toda a sociedade, o estado e a família possibilitar facilidades e oportunidades para o pleno desenvolvimento deles, físico, mental, moral, social e espiritual, em condições de liberdade e de dignidade.

Retoma-se aqui, então, a discussão apresentada no capítulo anterior quanto às insuficiências e incoerências da LEP relacionadas aos direitos inerentes à maternidade e aos direitos das crianças. Considerados tais fatores, pode-se dizer que é impossível não analisar criticamente a constitucionalidade do art. 83, § 2º, e do art. 89 dessa lei, que autorizam o encarceramento infantil. Faz-se necessário ao menos identificar o real imbróglio que ocorre na garantia dos direitos das mães presas e dos de seus filhos, imbróglio esse que gera as multiplicáveis e insuperáveis insuficiências e incoerências da execução penal dessas mães.

Conforme o que já foi discutido até aqui, pode-se afirmar que as crianças que vivem o contexto da execução penal não fazem jus aos direitos universais que devem ser garantidos às crianças como um todo. Não questionar as leis que mantêm crianças em regime de cárcere é, portanto, concordar que há crianças que vivem em “situação irregular”, não havendo, então, que se falar em mudança de paradigma, ou seja, em proteção integral para elas. Afinal, no modelo de direitos infantis anterior ao da proteção integral, havia uma divisão entre os direitos conferidos às crianças como um

todo e os direitos conferidos às crianças pejorativamente chamadas de “menores em situação irregular”.

Nesses termos, o atual instrumento normativo que regulamenta o encarceramento de mães promove dentro do sistema jurídico nacional a existência de dois paradigmas de proteção infantil, um similar ao antigo, o da situação irregular, voltado às crianças que vivem a problemática da execução penal de suas mães, e outro relativo às demais crianças, o da proteção integral, o que faz com que exista, assim, uma ambiguidade de paradigmas. Isso porque o paradigma da proteção integral não coaduna com o atual formato de execução penal que envolve os filhos das mulheres que cumprem pena, pois esse formato representa uma relativização dos direitos infantis, uma vez que estes não são garantidos para determinados grupos, situação característica do paradigma da situação irregular. Reitera-se aqui que a LEP, para garantir o aleitamento materno, o relacionamento do filho com a mãe, e o desenvolvimento infantil saudável, optou por prever o encarceramento de crianças. Contudo, essa medida restringe diversos outros direitos constitucionais, universais e específicos, das crianças e dos adolescentes. Essa lei prevê, portanto, que:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

[...]

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas;

e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Da perspectiva da proteção integral, as crianças e os adolescentes fazem jus a todos os direitos fundamentais, mais os específicos que a peculiaridade da idade exige. Lê-se que os artigos da LEP mencionados autorizam a inserção de crianças, alheias à

execução penal, em instituição destinada para o cumprimento da pena da mãe. Mas ela também garante direitos quando se trata da manutenção de mães e de filhos juntos pelo período mínimo de seis meses, sendo que, no caso de mães desassistidas, o período máximo é de sete anos.

Nesse sentido, uma análise constitucional profunda das previsões normativas desses artigos da LEP à luz da perspectiva exclusivamente das crianças como sujeitos de direitos levaria ao entendimento de que tais previsões devem ser declaradas inconstitucionais, pois elas excluem as crianças envolvidas com a execução penal de suas mães das garantias referentes aos direitos fundamentais universais e aos direitos específicos das crianças. Essa exclusão dos direitos fundamentais universais dos quais as crianças e os adolescentes são titulares viola o caput do art. 5º da CF/88, que prescreve que todos são iguais perante a lei, sendo os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à vida invioláveis, nos termos dos incisos desse artigo, o que inclui: a garantia à intranscendência (XLV), uma vez que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, ou seja, a punição não deve passar da pessoa que praticou o crime, devendo ser impedido que terceiros paguem por práticas que não realizaram e para as quais não contribuíram; a individualização da pena (XLVI); a vedação de penas cruéis (L); a garantia do devido processo legal em caso de privação da liberdade (LIV); o direito de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (LXI).

Para que se compreenda melhor a natureza dessa violação dos direitos fundamentais específicos das crianças, que compõem a proteção integral, pode-se recorrer à classificação principiológica feita por Lima (2013), já mencionada neste trabalho, que se baseia na pormenorização dos direitos das crianças feita pela CF/88 e no reconhecimento de que se trata de sujeitos vulneráveis e carentes de especial atenção. Isso está expresso no art. 227 dessa constituição, que incumbe a família, a sociedade e o Estado de assegurar à criança e ao adolescente,

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 (BRASIL, 1988).

Essa perspectiva viola, dessa forma, o Princípio da Vinculação à Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas, que rompeu com o paradigma da situação irregular ao reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, e não mais como objetos de tutela, que garante a impossibilidade do retrocesso e que promove o reconhecimento dos direitos fundamentais universais das crianças e dos adolescentes. Tudo isso é promovido pela Doutrina de Proteção Integral sem que haja prejuízo dos seguintes direitos específicos inerentes à condição desses sujeitos como cidadãos em desenvolvimento: aqueles relativos ao princípio da universalização, que veda o “etiquetamento” das crianças e dos adolescentes, procedimento esse que tem por intuito averiguar os direitos aos quais esses sujeitos fazem jus, com base em uma análise do contexto social em que estão inseridos; aqueles relativos ao princípio do Caráter Jurídico Garantista, que prescreve a necessária efetivação dos direitos previstos para crianças e adolescentes com prioridade absoluta; e aqueles relativos ao princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, que prevê que os interesses dos cidadãos em desenvolvimento devem ter prevalência sobre os dos demais cidadãos.

Há violação também dos direitos da personalidade que, como já dito neste trabalho, têm assento no princípio fundante constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que, por sua vez, confere direitos relativos à integridade do corpo e da honra, ao nome, à imagem, e impede a objetificação dos seres humanos de qualquer idade, uma vez que eles não podem ser tratados como se fossem alheios aos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, como cidadãos em desenvolvimento, e, por isso, detentores dos mesmos direitos dos adultos e dos específicos que a singularidade da idade exige, alcançado pelo paradigma da proteção integral em detrimento do paradigma da situação irregular, ainda não foi plenamente absorvido pelo sistema jurídico nacional. Isso porque esses sujeitos, quando vivem em contextos sociais de vulnerabilidade, ainda encontram óbice quanto à efetivação de seus direitos, como é o caso dos filhos de mães que respondem a processos penais ou que cumprem penas.

5.1.2 Os direitos das vítimas violados nos crimes cometidos por mulheres que são mães e os direitos dos filhos dessas mães: colisão entre direitos

A atual tratativa do Estado quanto às mães infratoras e a extensão das consequências dos atos dessas mães aos filhos evidenciam a acomodação estatal, uma

vez que não é oportunizado a essas mulheres o cumprimento de penas alternativas cumuladas com ações pautadas em políticas públicas de assistência às crianças hipervulneráveis e às suas mães, e que há a violação dos direitos infantis quando do encarceramento dessas crianças. Assim, o dever de proteção do Estado, que tipifica, criminaliza e prevê penas para condutas com o objetivo de proteger direitos fundamentais individuais e coletivos, como o direito à vida, à propriedade, à integridade física e ao meio ambiente, é executado, no caso dessas mulheres, às custas dos direitos de seus filhos.

O direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos pelo período da amamentação e as previsões do art. 83, § 2º, e do art. 89 da LEP, que tratam da indissociabilidade entre mães e filhos menores, principalmente no início da vida dessas crianças, não têm o condão de desautorizar os preceitos constitucionais garantidos a todos, de objetificar vidas e de encarcerar crianças. Nesses termos, os referidos artigos não sobreviveriam a uma eventual investigação da constitucionalidade de seus preceitos se analisados os direitos das crianças separados dos direitos e dos deveres de suas mães, como já dito aqui. Seguir essa linha argumentativa proporcionaria o risco, contudo, de não se alcançar uma solução satisfatória e eficiente para a problemática que essa questão envolve. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo poderia, inclusive, diante da ausência de alternativas expressas, separar mães e filhos.

Ademais, excluir da problemática a questão do crime cometido por essas mães, que devem ser punidas, seria também relativizar o direito fundamental violado pelo crime praticado por elas e protegido pelo tipo penal aplicado. E sendo mães e crianças indissociáveis no início da vida destas, a questão da execução penal transcende o descumprimento dos direitos das crianças para que seja incluída no debate a violação dos direitos aos bens ou aos valores jurídicos da vítima envolvida na prática criminosa dessas mães, que têm sua pena advinda do dever de proteção estatal.

O dever de proteção estatal, segundo Oliveira (2013), seria, na perspectiva penal (*ultima ratio*), o ato de criminalizar condutas com vistas à proteção dos direitos fundamentais de terceiros. Assim, os direitos fundamentais da vítima, mesmo contra sua vontade, funcionam como limites para a atuação do agressor. Há, então, entre o Estado, a vítima e o violador de direitos fundamentais uma “relação triangular”. Ou seja, nessa conjuntura, o dever de proteção liga o Estado também ao agressor, uma vez que a ação estatal tem também como fundamento a tentativa de impedir ou de cessar o ato violador

de direitos fundamentais, e não apenas o dever de proteger os direitos fundamentais das vítimas (OLIVEIRA, 2013, p. 80).

O fundamento positivo do dever de proteção estatal é concretizado pela CF/88 no art. 5º, por meio da previsão em seu caput de um direito fundamental à segurança e do previsto em seu inciso XLI, que incumbe o Estado do dever de punição em caso de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Somadas as previsões citadas, a CF/88, em diversos artigos que conferem aos poderes competências positivas, expressa o termo “dever do Estado” com o intuito de ressaltar o dever de agir protetivamente (OLIVEIRA, 2013).

Dessa forma, no formato atual de aplicação da execução penal, há uma colisão entre os direitos da maternidade da eventual agressora e os direitos por ela violados. Isso porque, segundo Oliveira (2013, p. 85), o dever de proteção do Estado, que gera medidas de proteção dos direitos da vítima, deve ser compatível com os direitos de defesa de quem agrediu.

Com base na perspectiva direitos das crianças e dos adolescentes como cidadãos em desenvolvimento, defendida nesta pesquisa, pode-se dizer que há, na forma como a execução penal dessas mães é tratada atualmente pela legislação e pelos tribunais, uma colisão entre os direitos de seus filhos menores e os direitos violados da vítima do crime praticado, em níveis convencionais, constitucionais e infraconstitucionais. De acordo com Mendes (2012, p. 85),

fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade.

Assim, enquanto essa colisão entre os direitos da criança e os direitos das vítimas que foram violados não for dirimida, seja por decisão judicial, seja por reforma legislativa, não será possível sanar as insuficiências e as incoerências da execução penal dessas mães. Uma possível resolução dessa colisão pode ser encontrada em uma proposta de execução penal alternativa que não ignore nenhum dos direitos envolvidos.

Nesse sentido, o simples respeito aos direitos e garantias fundamentais individuais expressos no art. 5º da CF/88, como o direito à individualização e à

intranscendência da pena, já seria suficiente para o desencarceramento infantil. No entanto, a garantia constitucional do direito à vida, consubstanciado no direito à amamentação, a importância do relacionamento materno na primeira infância, explicitada cientificamente pela psicanálise, e o ordenamento voltado para a garantia dos direitos específicos da infância são fatores que subsidiam a reivindicação de uma resposta judicial muito mais ampla no que se refere à execução penal de mulheres que são mães. Essa resposta, contudo, não pode desconsiderar o direito violado da vítima, para que nenhum dos direitos colidentes seja relativizado. Ou seja, os direitos fundamentais do agressor e os das pessoas diretamente afetadas por seus atos, no caso, as crianças, não podem ser restringidos excessivamente pelo Estado, que também não pode deixar, por meio de medidas minimamente eficazes, de proteger os direitos fundamentais da vítima da agressão (OLIVEIRA, 2013, p. 116). Nesses termos, deve ser oferecida pelo Estado uma resposta eficiente que atenda a todos os ordenamentos jurídicos envolvidos, nesse caso, o infantojuvenil e o penal.

Fato é que a atual proposta de execução penal de mães no Brasil deve ser pautada no pressuposto da indissociabilidade do vínculo entre mães e filhos e na proteção integral das crianças e dos adolescentes. Isso porque se trata de cidadãos em desenvolvimento detentores de direitos fundamentais gerais e específicos, direitos esses que visam ao desenvolvimento saudável desses sujeitos em condições de liberdade e de dignidade. Caso o Estado não tenha esse entendimento, ele continuará por promover uma colisão de direitos arbitrária, uma vez que é sabido que os poderes legislativo, executivo e judiciário dispõem de formas alternativas para efetivar o seu dever de proteção, ou seja, o processo penal que inclui mães e filhos pode ser tratado por um viés que respeite os direitos de todos os envolvidos.

5.2 A absorção plena do paradigma da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo sistema jurídico: uma solução para a colisão de direitos

Uma vez delimitado que o problema real que envolve a execução penal de mães consiste em uma questão de colisão de direitos, pode-se dizer que as incoerências e as insuficiências dessa problemática só serão de fato superadas se considerada a escolha feita pelos constituintes e legisladores que alçaram o rol de direitos e garantias infantis

ao nível constitucional. Isso porque, após tal reconhecimento, as crianças e os adolescentes não podem mais ser tratados como sujeito a serem manuseados.

Juarez Freitas (1994) defende que a superação de eventuais discordâncias entre princípios, normas e valores de um mesmo sistema jurídico é imprescindível para que haja a efetividade dos fins constitucionais e, conseqüentemente, a coerência e a unidade do sistema jurídico.

A perspectiva dos direitos das crianças e dos adolescentes, de viés sobretudo principiológico, apresentada por Lima (2013), baseia-se no fato de que os cidadãos em desenvolvimento têm os mesmos direitos fundamentais dos adultos, além dos direitos específicos da idade. Ela é composta por regras e princípios próprios e é fundada na ideia de unidade, proporcionada por um sistema axiológica e teleologicamente adequado. Essa perspectiva exige, desse modo, que a formulação de respostas quanto à execução penal de mulheres mães de crianças menores de doze anos seja feita também com base no paradigma da Proteção Integral Infantil e na necessária convivência harmônica entre todos os direitos dos sujeitos envolvidos na sentença.

Sarlet (2019) pontua que a unidade da Constituição requer que sua interpretação englobe cada fração normativa constitucional e considere todas as demais normas de mesmo patamar, como um todo indivisível. Assim, é mediante uma interpretação global que se dissolve as tensões geradas por diferentes normas com vistas à superação de eventuais colisões de direitos.

Lima (2013) busca por uma fundamentação teórica doutrinária e dogmática em que os direitos das crianças participem da conformação da unidade interna do sistema jurídico. Isso porque ele entende tal unidade como a adequação de valores e fins de todo o ordenamento à realidade socialmente posta, e enxerga nos Princípios Fundamentais dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, que não se pretendem absolutos, a chave para a integração desses sujeitos, uma vez que esse rol de princípios oferece elementos substanciais para que ocorra tal integração.

Assim, nenhuma decisão sobre questões relacionadas às crianças e aos adolescentes deve ignorar a unidade do ordenamento jurídico brasileiro nem o modelo teórico normativo referente a esses sujeitos, composto por convenções internacionais, por normas constitucionais, supralegais e legais. É com base na unidade e coerência desse amplo sistema que devem ser resolvidas as colisões entre os direitos das crianças e dos adolescentes e os direitos dos sujeitos de outros segmentos. É preciso considerar a

harmonia interna do sistema jurídico e repelir os preceitos incompatíveis, para que não seja ferida a própria noção de sistema. Segundo Freitas (1994, p. 15),

forçoso é se conceber a imprescindibilidade inafastável de coerência lógica mínima do ordenamento jurídico, de tal maneira a dele se procurar ter, sem abstrações excessivas, uma visão conceitual harmônica no que tange a princípios, normas e valores, no intuito de fazê-los ora complementares, ora relativos, ora mútua e parcialmente excludentes, mas sempre pondo-os em consonância, não apenas com as mutações históricas, senão que também com os imperativos de coerência e de unidade, que demandam ver resolvidas as contradições ínsitas ao sistema jurídico.

É necessário que se compreenda o alcance da proteção integral considerando-se todo o sistema jurídico, para que haja, finalmente, uma tomada de decisão que respeite os direitos de todos os sujeitos envolvidos com o processo penal em questão. E para que seja alcançada essa interpretação sistemática, Freitas (1994) sugere que o ato decisório deve ocorrer por uma interpretação que considere a supremacia axiológica da constituição, uma vez que todas as parcelas do sistema jurídico participam da totalidade dele. Assim, “cada preceito deve ser visto como parte do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é na respectiva situação, o interesse mais fundamental” (FREITAS, 1994, p. 49).

Essa interpretação sistemática pela ordenação, que deve considerar todos os preceitos – princípios, valores e normas –, tem como fatores determinantes os fins e a hierarquia que o arcabouço jurídico em questão enseja. Não há, portanto, preceitos absolutos quando se trata de uma interação com o sistema, uma vez que este é, por excelência, teleológico e axiologicamente ordenado (FREITAS, 1994). Entende-se por interpretação sistemática

uma operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir de uma adequação teleológica dos múltiplos comandos, tendo em vista solucionar os casos concretos de conflitos de interesses. (FREITAS, 1994, p. 73).

Segundo Freitas (1994), para que haja a solução do conflito, deve ser fixado, a título de critério, um princípio hierarquicamente superior em relação aos demais, para que seja impedida dentro do sistema a autocontradição e para que se guarde a integridade dos vários comandos constitucionais. Tal critério é intitulado pelo autor como “Princípio da hierarquização axiológica”.

A perspectiva de Freitas (1994), utilizada por Lima (2013) para delimitação dos princípios existentes dentro do ordenamento específico infantojuvenil, é pertinente para esta pesquisa porque ela é contrária a toda a onda que exclui das decisões que ocorrem em âmbito de execução penal os aspectos fundantes relativos ao arcabouço de direitos infantojuvenis.

Nessa perspectiva, a problemática investigada neste trabalho é composta pelas seguintes frações do sistema jurídico: o direito da vítima de ter a punição da criminosa efetivada, os direitos individuais referentes ao processo penal de não privação da liberdade, dos quais são titulares as crianças e os adolescentes, o direito da mãe de amamentar e o direito do bebê de ser amamentado. Não pode ser ignorado ainda o art. 227 da CF/88, que prevê a prioridade absoluta na efetivação dos direitos infantojuvenis e a incumbência do Estado, da sociedade e família de garantir tais direitos e de colocar as crianças e os adolescentes “a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988). Ademais, o melhor interesse da criança também deve ser observado, uma vez que ele é o princípio estruturante dos direitos infantis.

Dessa forma, há uma rede normativa de instrumentos que orientam quanto ao modo de efetivação das garantias constitucionais relativas aos direitos das crianças e dos adolescentes. Essa rede é composta pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, pelo ECA e pelo Estatuto da Primeira Infância.

O Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que têm assento constitucional, compõem, então, a problemática da colisão de direitos discutida nesta seção. A resposta para o fato de que direitos fundamentais foram violados pela mulher mãe de menor deve ser baseada nesses princípios, de forma a privilegiar o Direito da Criança e do Adolescente. Contudo, esse pressuposto ainda vive à margem da tomada de decisão do magistrado e da edição de leis adequadas ao sistema jurídico vigente, que adotou a Proteção Integral formalmente, mas que ainda precisa deixar a letra fria da lei.

5.3 Parâmetros e limites decisórios depreendidos da legislação para a execução penal de mães: uma proposta para orientação de magistrados

Como foi possível perceber até aqui, o Estado punitivo resiste e dá prioridade à punição da mãe que cometeu um crime em detrimento dos direitos das crianças. No entanto, atualmente, há no nosso arcabouço jurídico, em formas de leis e de precedentes, parâmetros e limites decisórios que habilitam e direcionam o poder judiciário para o enfrentamento das insuficiências e das incoerências ocasionadas no contexto do cumprimento da lei penal que envolve crianças. Dessa forma, os magistrados devem buscar adequar a execução penal de mulheres que têm filhos, para que a pena seja cumprida e, concomitantemente, sejam respeitados os direitos das crianças. Inclusive, é autorizada a tomada de decisão por analogia nos casos de omissão legal, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), até que uma previsão legal, constitucionalmente adequada, seja editada.

Importa, de antemão, pautar o pano de fundo da construção dos parâmetros e dos limites decisórios encontrados na legislação para a execução penal de mães. Compõe esse cenário o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como titulares dos direitos fundamentais, dos direitos da personalidade e dos direitos específicos da idade, relativos ao fato de eles serem cidadãos em desenvolvimento. A esse contexto soma-se a incapacidade desses sujeitos de buscar a concretização desses direitos, o que impõe ao Estado e à sociedade uma movimentação diferenciada para garantir essa concretização, que deve ser amparada pelos princípios estruturantes dos direitos das crianças e dos adolescentes, como o Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, e pelos princípios concretizantes, como o Princípio da Prioridade ou Primazia Absoluta e o Princípio da Politização ou Ênfase nas Políticas Sociais Básicas.

Participa desse pano de fundo a própria LEP, por meio do seu art. 83, § 2, e do seu art. 89, que prescrevem as condições mínimas para a permanência da criança no cárcere e o período dessa permanência. Participa também o ECA, que em seu art. 19 e em seu art. 23, § 2, garante que a condenação criminal da mãe não implicará a destituição de seu poder familiar e que seu filho terá o direito de ser educado e criado no seio da família. Juntas, essas previsões estabelecem a garantia contra a institucionalização dos filhos de até sete anos das mães encarceradas e desassistidas. Ou

seja, o filho de mulher encarcerada que não tem algum ente da família que se responsabilize por sua guarda – o que não retira o poder familiar da mãe – não pode ser colocado em abrigo ou para adoção como primeira medida tomada.

A legislação de direitos infantis, ademais, incumbe expressamente o Estado e a sociedade em geral de realizar ações propositivas principalmente para pessoas na primeira infância, com ênfase expressa no que tange às crianças com vulnerabilidades acentuadas, ou seja, aquelas que estão em situação de risco ou que tiveram violados direitos fundamentais para o alcance do seu desenvolvimento integral, conforme o art. 14, §2º, do Estatuto da Primeira Infância. Nesse contexto estão inclusas, portanto, as crianças que têm mães que respondem processo penal e as que têm mães condenadas e encarceradas. Trata-se de crianças hipervulneráveis.

Dos preceitos citados, depreende-se como primeiro parâmetro para a tomada de decisão do magistrado a impossibilidade de se dissociar mãe e filho, principalmente no início da vida deste, ou seja, até os sete anos de idade. Dessa indissociabilidade e da garantia do tempo de permanência da mãe com o filho intramuros, surge o segundo parâmetro, que garante que a criança filha de mãe encarcerada, provisoriamente ou de forma preventiva, não pode ser institucionalizada em abrigos e ou mandadas para adoção, ainda que a presa seja desassistida, ou seja, que não tenha para quem transferir a guarda da criança com até sete anos de idade. Nesse contexto, deve o Estado agir com o intuito de garantir prioritariamente o mínimo para que o desenvolvimento saudável infantil ocorra e para que a família seja capaz de fornecer o amparo necessário à criança. Trata-se, portanto, de se garantir direitos que não estão disponíveis no processo penal ou na sentença. Em outras palavras, o processo penal e sentença transitada em julgado, sozinhos, não têm o condão de retirar da mãe o poder familiar. Assim, deve o Estado fomentar políticas públicas que garantam o relacionamento materno mínimo para a manutenção desse poder. Isso é o que garante o ECA e o CPP, e o que prevê o paradigma da proteção integral no Brasil quanto a políticas públicas e a ações afirmativas.

O terceiro parâmetro nasce da decisão proferida no Recurso Extraordinário 641.320, em 2016, que compõe matéria sumulada e que assegura que a inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime sentenciado não autoriza que o condenado seja mantido no local de cumprimento de pena e com um regime prisional mais gravoso. Assim, nesse caso, nos termos dos parâmetros estabelecidos nesse recurso, deve ser autorizada a saída antecipada do condenado ou concedida a prisão domiciliar, quando

não houver vaga no regime ao qual ele foi sentenciado, isso mediante o monitoramento eletrônico desse sujeito. Deve ser autorizado também que o cumprimento da condenação se dê por pena restritiva de direito, cumulada ou não com a realização de atividade educativa, no caso em que o condenado progrediu para o regime aberto, caso em que também poderá ser autorizada a prisão domiciliar (BRASIL, 2016). Essa decisão, somada à falência da estrutura penal nacional voltada principalmente para mulheres, influencia na formatação do terceiro parâmetro, que desautoriza o cumprimento de pena nos estabelecimentos penais por mulheres mães de menores quando não existir estrutura adequada para seus filhos, o que requer, impreterivelmente, nos termos do precedente, a adoção de medidas alternativas.

O quarto parâmetro pode ser depreendido da regulamentação normativa da prisão preventiva de mulher grávida ou que tenha filho com menos de doze anos e que não tenha cometido o crime com grave ameaça ou com violência contra outra pessoa ou contra o próprio filho ou dependente, sendo que, nesse caso, a prisão deve ser convertida em prisão domiciliar, nos termos dos arts. 318 e 318-A do CPP. Além disso, o art. 117 da LEP prevê o recolhimento em regime aberto em residência particular quando a condenada estiver gestante ou tiver filho menor ou com deficiência física ou mental. Tudo isso para se resguardar a criança e o adolescente, que são pessoas alheias à pena ou ao processo penal que a mãe cumpre ou responde, bem como preservar o direito à maternidade. Há, portanto, o reconhecimento de que crianças não devem viver intramuros nem ser separadas de suas mães, uma vez que está posta na lei expressamente a peculiaridade pessoal e transcendente da mulher que responde por prática de crimes e que desempenha o papel de mãe. Essa condição não cessa com o trânsito em julgado, mas é totalmente ignorada pela legislação que rege o cumprimento de sentença em regime que não seja o aberto. Há, portanto, uma omissão legal no que diz respeito à personalidade da presa definitiva que é mãe, o que faz com que seja autorizado o uso de analogia, conforme o já citado art. 4º da LINDB.

Assim, o quarto parâmetro é definido por analogia ante a omissão legal quanto ao fato de que deve cumprir pena em prisão domiciliar a mãe presa definitiva, com filhos menores de doze anos e que não tenha cometido o crime com violência ou grave ameaça contra outra pessoa ou contra seu próprio filho ou dependente.

Os parâmetros depreendidos das leis e precedentes, que devem orientar o processo jurídico decisório, tanto do juiz da execução penal quanto em âmbito de jurisdição constitucional, vão ao encontro da proteção integral infantojuvenil, e não

eximem a criminosa de responsabilização penal pela violação dos direitos da vítima. Eles vão além, contudo, dos ditames das Regras de Bangkok ou “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras”, resolução aprovada pela assembleia geral da ONU, em 2010, e que tem o Brasil como um de seus elaboradores e signatários.

As citadas regras, por terem *status* de resolução, não obrigam os Estados que são seus signatários a seguirem seus preceitos. Contudo, Trindade (2014) considera incompleto o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional da Justiça, que prescreve as fontes formais do direito internacional e que não inclui nelas as resoluções. Esse autor frisa que as resoluções não podem ser negligenciadas ou ignoradas pelos países que são seus signatários, ainda que formalmente não sejam consideradas as fontes ensejadoras de obrigatoriedade.

A relevância jurídica das regras firmadas em 2010 pela Assembleia da ONU, para o Brasil, é evidenciada no voto do relator no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, que cita as regras também como fundamento para o deferimento da medida que objetiva o desencarceramento das mães presas provisórias de todo o país.

Nas Regras de Bangkok, a regra 64 enfatiza a preferência pela aplicação de penas não privativas de liberdade para mulheres gestantes ou que tenham filhos ou dependentes menores, devendo “a pena de prisão ser considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho, ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado” (BRASIL, 2016). Fica estabelecido também, nas regras 57, 58 e 59, que devem ser aplicadas sanções alternativas com relação a privativas de liberdade para mulheres em geral, sempre que apropriado e possível, uma vez consideradas as responsabilidades referentes ao ato de cuidar historicamente atribuídas às mulheres e a vulnerabilidade de diversas mulheres infratoras (BRASIL, 2016).

As citadas regras fundamentam-se no princípio da não discriminação e tem por objetivo garantir, por meio das diferentes previsões para homens e mulheres, a igualdade material entre os gêneros. Assim como a regra 2, elas propõem medidas que, em concordância com o Princípio do Melhor Interesse das Crianças, preveem a suspensão da medida privativa de liberdade por um determinado período, para que as mulheres responsáveis pela guarda de crianças possam articular providências quanto ao destino destas (BRASIL, 2016).

Portanto, os parâmetros aqui apresentados, que devem nortear os magistrados na formulação de suas decisões, vão além das Regras de Bangkok. Isso porque, apesar de orientar os países a instituir penas não restritivas de liberdade para mulheres, principalmente para mães ou mulheres responsáveis por crianças, quando possível e adequado, elas legitimam, em diversas regras, o encarceramento infantil. A regra 2, por exemplo, prevê o ingresso de mães com seus filhos nas prisões, e a regra 5 dispõe sobre quais requisitos básicos as “acomodações” das penitenciárias devem ter para receber esses sujeitos (BRASIL, 2016).

5.4 Propostas para a execução penal de gestantes e de mães de crianças menores de doze anos

5.4.1 A alteração legislativa argentina no contexto da execução penal de mães: uma possível solução por analogia

O compromisso internacional assumido pelo Brasil por meio das Regras de Bangkok ainda não foi internalizado no que tange à adoção da preferência por aplicação de penas não privativas de liberdade para mulheres, principalmente para aquelas que são mães de crianças menores de doze anos ou que têm dependentes com essa idade, sendo que a atual tratativa nacional desse problema, do ponto de vista dos direitos infantojuvenis, é feita de modo inconstitucional, inconveniente e ilegal.

Silva (2014), em estudo que, entre outros aspectos, demonstra os problemas causados no desenvolvimento de crianças que em sua primeira infância foram afastadas da mãe, depois de ponderar sobre o direito de punir do Estado e sobre o direito das crianças à proteção integral, propõe que seja aplicado o regime de prisão domiciliar para todas as mães que tenham filhos com até cinco anos de idade. O autor cita, como subsídio para a solução que ele apresenta, o caso da Argentina, que, a princípio, por decisão jurisprudencial amparada pelas Regras de Bangkok, e, posteriormente, por alteração legislativa, estabeleceu pena de prisão em regime domiciliar para todas as mães de filhos com até cinco anos de idade.

Para dar esse passo, a Argentina firmou o entendimento de que, diante de tensão entre os direitos das crianças e os interesses públicos, devem ser privilegiados os direitos das crianças, em atendimento ao Princípio do Melhor Interesse Infantil. Não há

que se falar, contudo, em perdão judicial ou abolicionismo. Trata-se de se encontrar o caminho mais adequado para garantir os direitos das crianças inocentes. (SILVA, 2014). A lei argentina, segundo Silva (2014),

reconhece a nocividade do cárcere para essas crianças e a importância do papel materno no desenvolvimento integral da criança durante sua Primeira Infância. É o reconhecimento do Estado de seu dever de garantir proteção integral às crianças e adolescentes, ainda que isso signifique reduzir o grau de intensidade de uma pena, através da aplicação de técnica de ponderação de direitos, com utilização do princípio da proporcionalidade, quando em choque dois interesses legítimos.

Assim, por meio do art. 32 da Lei n. 24.660, Lei de Execução da Pena Privativa de Liberdade, a Argentina passou a prever que:

ARTIGO 32. - O Juiz de execução, o juiz competente, poderá impor o cumprimento da pena em regime domiciliar:

- a) Ao interno enfermo, quando a privação da liberdade no estabelecimento prisional não lhe permite recuperar-se ou tratar adequadamente a sua doença, na falta de uma acomodação em um estabelecimento hospitalar adequado;
- b) Ao interno que padeça de uma doença incurável em fase terminal;
- c) Ao interno com deficiência, quando a privação da liberdade no estabelecimento prisional é inadequada à sua condição, tendo como consequência um trato indigno, desumano ou cruel;
- d) Ao interno com mais de setenta (70) anos;
- e) À interna gestante;
- f) À mãe de uma criança com menos de cinco (5) anos ou de uma pessoa com deficiência, sob sua responsabilidade (Artigo substituído pelo art.1º da Lei Nº 26.472 B.O. 20/01/2009)²⁷ (ARGENTINA, 2017, tradução nossa).

²⁷ “ARTICULO 32. — El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo. (Artículo substituído por art. 1º de la Ley Nº 26.472 B.O. 20/01/2009).”

Essa lei argentina prevê ainda que tal decisão deverá ser baseada em laudos sociais, médicos e psicológicos, e que a prisão domiciliar, ou qualquer execução de qualquer outra medida alternativa para a pena privativa de liberdade, a ser executada fora de estabelecimentos prisionais, deverá ser supervisionada pelo “*patronato de liberados*” (Conselho de Libertados) ou, na ausência deste, por algum serviço social qualificado. Nesse caso, é vedada a supervisão por agências de segurança ou por policiais (ARGENTINA, 2017). Em qualquer caso, para a concessão da prisão domiciliar, será necessária a utilização de dispositivo de monitoramento eletrônico que poderá ser dispensado por decisão judicial, após relatório interdisciplinar. (ARGENTINA, 2017).

Além disso, para a pessoa condenada pelos crimes de facilitação de acesso ou de fornecimento de material pornográfico para menores de quatorze anos, para a condenada por crimes de exposições obscenas a crianças com menos de treze anos, independentemente da vontade da pessoa afetada, e para a pessoa condenada por ter entrado em contato, por qualquer meio de comunicação, com criança ou adolescente com o objetivo de cometer qualquer crime contra a integridade sexual desses sujeitos, a citada lei prevê o seguinte: só será concedida a conversão da prisão privativa de liberdade para a prisão domiciliar mediante relatório feito por equipe especializada e interdisciplinar que avalie o efeito desse benefício para o futuro pessoal e familiar da pessoa presa. (ARGENTINA, 2017).

Para Silva (2014), resposta análoga àquela dada inicialmente pela jurisprudência argentina seria possível para o Brasil, com base no art. 318 do CPP, que prevê a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em determinados casos. Na época da pesquisa realizada pelo autor, esse artigo previa o benefício da conversão somente ao agente que também fosse “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”, conforme o inciso III, e à “gestante a partir do 7 (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco” conforme previsto no antigo inciso IV. Propunha o autor, então, a extensão do previsto no citado artigo para as presas definitivas mediante uma interpretação do predomínio da proteção integral depreendida do art. 227 da CF/88 e da “regra 64” contida nas Regras de Bangkok.

Como visto, as atualizações trazidas pelo Estatuto da Primeira Infância, no art. 318 do CPP ampliam o rol de possibilidades de conversão da prisão preventiva para domiciliar, e aumentam de seis para doze a idade máxima das crianças que ensejam este benefício. Assim, pode haver a conversão da prisão preventiva para a domiciliar, desde

2016, para: “IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”. (BRASIL, 2016). Hoje, uma eventual decisão jurisprudencial fundamentada em analogia aumentaria para até doze anos, portanto, a idade da criança como fator que condiciona a conversão da privativa de liberdade em penitenciárias para prisão domiciliar, nos termos do quarto parâmetro decisório apontado por esta pesquisa.

5.4.2 Proposta de reforma legislativa do art. 117 da LEP

Os instrumentos normativos para o enfrentamento da questão do cumprimento de pena de mães intramuros estão postos na lei. Contudo, mesmo que todos esses instrumentos estejam à disposição do poder judiciário para a tomada de decisão em casos de cumprimento de penas alternativas ou de privação da liberdade de mães presas definitivas em domicílio, eles nem sempre são utilizados com o intuito de se resguardar o direito da criança.

É necessária, portanto, uma edição legislativa que contemple a omissão legal existente nos casos referentes a presas definitivas que têm filhos menores de doze anos. Nesses termos, sugere-se que o poder legislativo se movimente, proponha e aprove lei compatível com o arcabouço jurídico nacional e internacional de direitos infantojuvenis, como a Argentina fez, para prever o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar para presas definitivas que tenham filhos menores de doze anos ou dependentes com essa idade.

Com base no que foi debatido até aqui, propõe-se, então, a reelaboração do art. 117 da LEP. Hoje, esse artigo prevê a prisão domiciliar somente para beneficiários condenados a regime aberto de cumprimento de pena com trânsito em julgado. Reelaborando-se esse artigo e alguns de seus incisos com o intuito de atender aos preceitos constitucionais fundamentais gerais e específicos referentes à maternidade e às crianças, ele ficaria assim:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do condenado em residência particular quando se tratar de:

[...]

III – condenada em qualquer regime com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada em qualquer regime que esteja gestante.

V – condenado, em qualquer regime de pena, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

§ 1º O cumprimento de pena privativa de liberdade da condenada gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, ou do condenado que preencha os requisitos do inciso V, será substituído por prisão domiciliar, desde que exaustivamente:

I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa;

II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente;

§ 2º A substituição de que tratam os incisos III, IV e V deste artigo poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante a outras penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal.

Essa reformulação legislativa proposta aqui, diante da colisão de direitos legítimos, traria respostas para a problemática que envolve a execução penal de mães, respostas essas mais coerentes com o sistema convencional, constitucional e legal infantil, sem comprometer o sistema jurídico como um todo, visto que ela não exclui a execução da pena a ser cumprida pela eventual agressora, não se tratando, portanto, de uma proposta abolicionista. Por meio dessa reformulação, será possível, por fim, superar as insuficiências e incoerências da execução penal de gestantes e de mães com filhos menores de doze anos, o que proporcionará o devido amparo às crianças e aos adolescentes envolvidos com a problemática no que diz respeito ao seu desenvolvimento saudável e pleno.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O encarceramento infantil, assim como a separação arbitrária que ocorre entre uma mãe privada de liberdade e seu filho, enfatiza vulnerabilidades e institucionaliza a extrapolção do cumprimento da pena da mãe, que acaba atingindo seu filho, o que acarreta como consequência a conformação de um grupo de crianças à parte, o das crianças filhas de mulheres encarceradas. Trata-se de crianças que detêm um rol de direitos diferentes dos das crianças que têm as mães livres, pois elas estão em poder do Estado, que, por sua vez, decide os destinos dessas crianças desassistidas a depender da condição social delas. O que o ordenamento jurídico brasileiro busca, em um primeiro momento, é o cumprimento da pena da mãe, deixando apenas para um segundo momento a preocupação de fazer com que essa pena coexista com os direitos dessas mães e com os das crianças envolvidas no processo. Então, o sistema normativo da execução penal relativiza os direitos dessas crianças, selecionadas ante a incapacidade do próprio Estado de responder à complexidade que envolve a indissociabilidade do vínculo entre a mãe apenada e a criança inocente.

Diante das evidências científicas discutidas neste trabalho e do arcabouço jurídico positivado no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, pode-se dizer que a conduta estatal quanto à execução penal de mães, que encarcera crianças ou separa mães e filhos menores, equivale ao abandono da perspectiva de um futuro saudável para essas crianças por parte do Estado. Isso porque é cientificamente comprovado que uma primeira infância bem vivida, o que inclui de forma imprescindível a manutenção do relacionamento pleno da criança com a mãe em um ambiente saudável, é decisiva para a formação da personalidade do ser humano. Ou seja, o retardamento do desenvolvimento infantil, ocasionado pelo rompimento do vínculo entre mãe e filho, pode gerar doenças físicas ou mentais, que podem permanecer por toda a vida.

O Brasil, ao aderir ao paradigma da Proteção Integral, comprometeu-se a, na prática, assegurar às crianças e aos adolescentes o gozo pleno dos direitos fundamentais garantidos a toda pessoa humana, além dos direitos especiais condizentes com a vulnerabilidade que a idade desses sujeitos impõe, de forma que lhes sejam proporcionadas a melhor conjuntura para seu pleno desenvolvimento, em todas as searas, em condições de liberdade e de dignidade. O novo paradigma veio, ainda, para

movimentar e atualizar a legislação relativa à garantia dos direitos infantojuvenis e para garantir um arcabouço jurídico especializado composto por regras e princípios específicos. Em sintonia com a Constituição Federal, esse arcabouço consubstancia um verdadeiro sistema de direitos da criança e do adolescente com valores e finalidades próprios e que visa à construção e à efetivação dos direitos peculiares dos cidadãos em desenvolvimento.

As crianças e os adolescentes são titulares de direitos fundamentais e da personalidade assim como os adultos, e a incapacidade para o exercício desses direitos não lhes diminuem a capacidade de gozo. A especialidade dos direitos que lhes são conferidos, por sua vez, vem também como resposta quanto a essa incapacidade de exercício, para atender às necessidades postas pela vulnerabilidade que é própria desses sujeitos. É por causa dessa especialidade que a sociedade, a comunidade, o Estado e a família ficam incumbidos de se movimentarem para proporcionar e efetivar a garantia dos direitos dessa camada da população. Assim, com base nessa incumbência e com vistas à concretização da cidadania infantojuvenil, os poderes executivo, legislativo e judiciário devem pautar suas decisões no Princípio do Melhor Interesse Infantil.

Há ainda, dentro da especificidade da infância e da juventude, uma especificidade ainda mais peculiar, a da primeira infância. Em atenção à especialidade dessa fase, que estudos científicos comprovam que deve ser bem vivida para que haja o pleno desenvolvimento saudável humano, a legislação nacional, em 2016, foi editada para conferir às pessoas de até seis anos de idade direitos especiais com o intuito de garantir seu pleno desenvolvimento. Com o Estatuto da Primeira Infância há a previsão de uma superproteção das crianças cujas famílias tenham vulnerabilidades acentuadas, passando essas crianças a serem compreendidas como hipervulneráveis.

Dentro de toda a legislação infantojuvenil, nota-se que há a proteção e a garantia também de direitos voltados às mães. Isso porque, principalmente na primeira infância, as crianças são indissociáveis de suas mães de fato, o que é cientificamente comprovado por ramos da ciência como a psicanálise e também reconhecido pelo rol de direitos infantis positivados na legislação.

A complexidade dessa indissociabilidade fica evidenciada em casos como os de mães que têm suas liberdades cerceadas por serem condenadas penalmente ou responderem a processos penais. Nesses casos, como este trabalho buscou demonstrar, crianças nascem no cárcere ou vão para ele, permanecendo presas com suas mães para,

quando maiores, serem delas separadas, correndo o risco de terem sua guarda transferida para alguém da família ou, na ausência desse alguém, de serem adotadas.

A situação dessas crianças hipervulneráveis é regida por leis penais, e foi por isso que esta pesquisa pautou, inicialmente, as insuficiências e as incoerências da execução penal de mães no que diz respeito aos direitos infantis. Ficou explicitado pelo percurso percorrido que as inadequações que compõem tal execução penal se dão em três dimensões: na resistência por parte dos magistrados quanto à aplicação da lei penal já positivada pelos tribunais, em normas positivadas que ferem os direitos infantojuvenis e na ineficiência estatal quanto à efetivação desses direitos. Viu-se, contudo, que essas inadequações se multiplicam e estão em constante atualização, o que faz com que seja permanente a busca pela concretização da cidadania das crianças e dos adolescentes, que deve ser amparada no arcabouço específico dos direitos infantojuvenis, que, por sua vez, não compactua com o encarceramento de crianças nem com a separação prematura entre elas e suas mães.

Por meio da interpretação de todo o imbróglio que diz respeito à execução penal de mães, ficou evidenciado que os direitos das crianças e dos adolescentes envolvidos nessa execução são relativizados, pois são alterados pelo contexto social em que esses sujeitos estão inseridos e violados no que se refere aos Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse Infantil. Assim, esses sujeitos, hipervulneráveis, não têm aplicados em sua situação o paradigma da Proteção Integral, uma vez que a eles não são conferidos os mesmos direitos fundamentais dos adultos somados aos direitos específicos que a peculiaridade da infância enseja. E por não terem respeitados os direitos da personalidade, seu nome, imagem e honra são violados reiteradamente. Além disso, não há também movimentação efetiva da sociedade, da comunidade e do Estado – lê-se aqui os três poderes – para a promoção de políticas públicas que realmente assistam esses sujeitos dignamente.

Tudo isso se dá porque vinculada a essas crianças e a esses adolescentes há suas mães, que praticaram um crime e que devem responder pela violação dos direitos fundamentais da vítima de seu ato. Detectou-se, então, que na execução penal dessas mães há uma colisão entre os direitos das crianças e dos adolescentes e os direitos fundamentais da vítima desse crime, colisão essa que pode ser resolvida se à agressora de direitos forem concedidas penas alternativas que não firam os direitos de seus filhos.

Uma perspectiva da execução penal de mães que atenda também aos direitos das crianças e dos adolescentes precisa, contudo, inicialmente, enxergar de fato esses

sujeitos e seus direitos nesse debate como uma fração inseparável do sistema jurídico nacionalmente vigente. Compreendeu-se, assim, que após a adoção do paradigma da Proteção Integral não é possível decidir sobre questões que digam respeito às crianças e aos adolescentes ignorando seus direitos como se estes fossem subsidiários. É preciso, portanto, que o Estado abandone a tratativa de crianças e de adolescentes como sujeitos de tutela, pois eles são sujeitos de direitos, fato esse que deve ser incluído plenamente e obrigatoriamente em todos os debates que lhes digam respeito. Assim, a unidade do sistema jurídico será mantida e o paradigma da Proteção Integral será de fato absorvido nacionalmente.

Os direitos específicos das crianças e dos adolescentes, somados às garantias constitucionais e previstas na lei penal para todas as pessoas, devem subsidiar as ações dos magistrados da jurisdição constitucional e da execução penal que envolva mulheres que são mães quanto a uma tomada de decisão que respeite o ordenamento infantojuvenil com vistas à aplicação de penas alternativas. As presas preventivas que são mães já conquistaram alguns direitos por decisões judiciais e esses direitos já foram integrados à legislação, mas, no que se refere às presas definitivas, elas ainda carecem de decisões que atendam plenamente aos seus direitos e aos de seus filhos. E pelo que se sabe até aqui, os tribunais ainda não sinalizam disposição para tomar tais decisões, o que faz com que seja necessária uma reforma legislativa que preveja penas alternativas que possam substituir penas privativas de liberdade cumpridas em penitenciárias no caso das execuções penais das mulheres que são mães. Tal reforma traria como consequência a efetivação dos direitos relacionados à maternidade e dos direitos infantis, levando à extinção do quadro brasileiro de encarceramento de gestantes, de mães com filhos menores de doze anos e de crianças de até sete anos desassistidas e que são filhas de mães presas.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ARANTES, Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Org.). **A arte de governar crianças**. São Paulo: Cortez, 2011.

ARGENTINA. **Ley 24.660, Ejecucion de la pena privativa la libertad, de 1996**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ARIÉS, Philippe. **A criança e a vida familiar no antigo regime**. Madrid: Editorial Taurus, 1975.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. **Sur: Revista Internacional de Direito Humanos**, São Paulo, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015. Disponível em: <[https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf](https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituica>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**, 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 07 jan. 2020.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto Lei. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

_____. Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871. **Lei do Ventre Livre**. Legislação Federal. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 143.641-SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17 de maio de 2017**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 07 jan. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro Lewandowski concede HC para presas com filhos que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar**. Brasília, STF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393814>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

_____. **Resolução n. 3, de 15 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-04-de-15-de-julho-de-2009.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. **Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018**. Legislação Federal. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art2>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. **Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Legislação Federal. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Legislação Federal. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Lei do Tráfico de Drogas. Legislação Federal. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Lei/L11343.htm#art33%C2%A74>. Acesso em: 18 de mar. de 2020.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Lei dos Crimes Hediondos. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/8072.htm>. Acesso em: 18 de mar. 2020.

_____. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Lei que institui o Código de Menores. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11970-1979/d6697.htm>. Acesso em: 18 de set. de 2019.

_____. **Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e de proteção a menores. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. **Habeas Corpus n. 158.123** – SP, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 16 de julho de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750310430>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 274. Tutela os direitos da personalidade.** Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://cjf.jus.br/enunciados/enunciado/2019>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado n. 139. Tutela a limitação dos direitos da personalidade.** Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 11. Resolve sobre o uso lícito de algemas e dá outras providências. Sessão plenária de 13/08/2018. DJe n. 157 22/08/2008, p.1. DOU de 22/08/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

_____. **Habeas Corpus n. 176.108** – SP, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 26 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751582463>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Habeas Corpus n. 170.151** – SP, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751026989>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário n. 956.475** – RJ, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE956475RJDeciso.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário n. 641.320** – RS, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 11 de maio de 2016. Disponível em: <[**RE 641.320**, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 11-5-2016, *DJE* 159 de 1º-8-2016, Tema 423.]>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62**. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. Publicada em: 17 mar. 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62_Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Legislação Federal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2020.

_____. **Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Legislação Federal. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF**, de 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

_____. **Regras de Bangkok**. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 2016. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-regras-de-bangkok.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, Lei e Democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998**. Tradução de Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Revista, 1995.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Mulheres e encarceradas: dupla punição. São Paulo, 07 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/mulheres-e-encarceradas-dupla-punicao> ->. Acesso em 15 fev. 2020.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90**: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, v. 29, p. 22 - 43, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2015.
- DIP, Andrea. Gestantes e mães com bebês enfrentam pandemia dentro das prisões paulistas. **Pública**: Agência de jornalismo investigativo, 10. mai. 2020. Disponível em: <<https://apublica.org/2020/05/gestantes-e-maes-com-bebes-enfrentam-pandemia-dentro-das-priso-es-paulistas/>> Acesso em: 04 jun. 2020.
- DIUANA, Vilma *et al.* Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, v. 27, n. 3, p. 727-747, jul. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312017000300727&lng=en&nrm=iso&tIng=pt>. Acesso em: 08 jan. 2020.
<https://doi.org/10.1590/s0103-73312017000300018>
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico**: generalidade e especificidade do direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A arte de governar crianças**. São Paulo: Cortez, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERNANDES, Maíra; DORNELLAS, Mariana Paganote. Maternidade e violência atrás das grades. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; Benevides, Laize (Orgs.). **Gênero, feminismo e sistemas de justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón**: teoria dei garantismo jurídico. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Editorial Trota, 1995.

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, p. 1-20, 8 out. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v28n4/0103-7331-physis-28-04-e280420.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2020.
<https://doi.org/10.1590/s0103-73312018280420>

FONSECA, Anderson Lobo da. *et al.* **Mulheres em prisão**: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITCC, 2017. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GALEANO, Eduardo. **O Livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 1995.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos**: Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. 2011. 260 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015.

JUNIOR, Nelson Nery; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal, **Revista de Direito Privado**, vol. 12/2002, p. 9-49, Out-Dez, 2002.

LEITE, Carla Carvalho. Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas, **Juizado da Infância e da Juventude**, Porto Alegre, n. 5, p. 9-24, mar. 2005. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicao-05.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. 530 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LOPES, Vanessa Ferreira; VALENTE, Mário Bani José. Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de concessão de prisão domiciliar da lei 13.257/16. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; Benevides, Laize (Orgs.). **Gênero, feminismo e sistemas de justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2018.

MAISTRO, Suelen. **A triste história das amas de leite no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://maepop.com.br/historia-das-amas-de-leite/>> Acesso em: 27 dez. 2019.

- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÉNDEZ, Emílio García; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MÉNDEZ, Emílio García. Cidadania da criança: a revolução francesa com 200 anos de atraso. In: MÉNDEZ, Emílio García (Coord.). **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC, 1998.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de Acordo com a Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção**. 2013. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- OPAS BRASIL. **OMS e UNICEF lançam novas orientações para promover aleitamento materno em unidades de saúde de todo o mundo**. 2018. Disponível em: <paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5631:oms-e-unicef-lancam-novas-orientacoes-para-promover-aleitamento-materno-em-unidades-de-saude-de-todo-o-mundo&Itemid=820>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PORTO, Maria Stela Grossi. Violência e representações sociais. In: LIMA, Renato Sergio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.
- QUEIRÓZ, Nana. **Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres que são tratadas como homens nas prisões brasileiras**. São Paulo: Record, 2015.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar**. 2007. 448 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. A infância sem disfarces: uma leitura histórica. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A arte de governar crianças**. São Paulo: Cortez, 2011.

RONDÔNIA. Defensoria Pública. **Ação efetiva da DPU concede prisão domiciliar a mulheres grávidas e lactantes presas provisoriamente**. Rondônia, 2018. Disponível em: <<https://www.defensoria.ro.def.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1608-2018-02-21-16-26-23>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069/90: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo, W.; _____(Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Capítulo II: Dos Direitos Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo, W.; _____(Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SESTOKAS, Lucia; OLIVEIRA, Nathália. A política de drogas é uma questão de mulheres. **Revista Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 15, n. 27, p. 153-166, 2018.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.
<https://doi.org/10.7476/9788579837036>

SILVA, Bruno César da. Primeira infância, sistema prisional e o direito ao desenvolvimento, à saúde, à convivência familiar e à liberdade. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 3/2014, p. 103, jan. 2014.

SILVA, Mariana Lins de Carli. **Maternidades sequestradas pelo poder punitivo: destituição do poder familiar de mulheres presas**. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patrícia Carlos; Benevides, Laize (Orgs.). **Gênero, feminismo e sistemas de justiça**:

discussões interseccionais de gênero, raça e classe. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2018.

SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. **Filhos do cárcere**: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

SMALL, Deborah. São Paulo, 27 jul. 2016. Entrevista concedida à Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-as-drogas-e-um-mecanismo-de-manutencao-da-hierarquia-racial/>>. Acesso em 16 jan. 2020.

SPITZ, René A. **O Primeiro ano de vida**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STELLA, Cláudia. Filhos das mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Estudos e pesquisas em psicologia**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a03.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

TARTUCE, Fávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças Encarceradas**: A proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2013. 508 f. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122854/323442.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 out. 2019.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas**. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2016.

WINNICOTT, Donald Woods. **A criança e o seu mundo**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

_____. **A família e o desenvolvimento do indivíduo**. Tradução de Jane Corrêa. Belo Horizonte: Interlivros, 1980.