

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LAURA HELENA ROCHA

**AS MUDANÇAS DECORRENTES DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA
INFÂNCIA E PROTEÇÃO INTEGRAL DOS FILHOS DOS PRESOS**

FLORIANÓPOLIS

2017

LAURA HELENA ROCHA

**AS MUDANÇAS DECORRENTES DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA
INFÂNCIA E PROTEÇÃO INTEGRAL DOS FILHOS DOS PRESOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof^a. Dra. Josiane Rose
Petry Veronese

FLORIANÓPOLIS

2017



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Laura Helena Rocha

RG: 4.979.583

CPF: 040.498.479-73

Matrícula: 12200069

Título do TCC: As Mudanças Decorrentes do Marco Legal da Primeira Infância e a Proteção Integral dos Filhos dos Presos.

Orientador(a): Prof. Dra. Josiane Rose Petry Veronese

Eu, Laura Helena Rocha, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de mês de 2017.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Laura H. Rocha', written over a horizontal line.

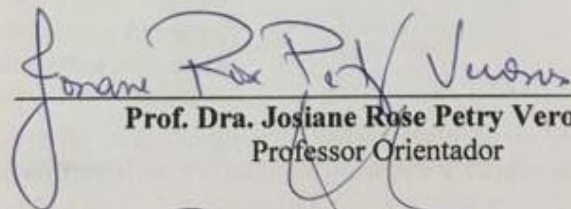
Laura Helena Rocha

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

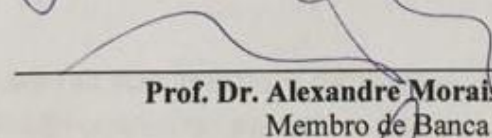
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**As Mudanças Decorrentes do Marco Legal da Primeira Infância e a Proteção Integral dos Filhos dos Presos**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Laura Helena Rocha**”, defendido em **04/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

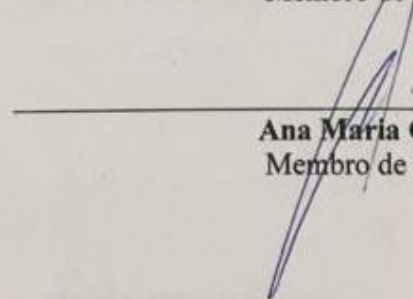
Florianópolis, 04 de julho de 2017



Prof. Dra. Josiane Rose Petry Veronese
Professor Orientador



Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Membro de Banca



Ana Maria Garcia
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença constante durante toda minha existência.

Aos meus pais, Isa e Cornélio, por não medirem esforços para me proporcionar a melhor educação possível. São exemplos de respeito, integridade e humildade. Obrigado pelo exemplo diário, pelo amor, pelo carinho e pela dedicação.

As minhas irmãs, Naira e Nelisa, por serem companheiras de uma vida inteira.

Ao meu namorado, Gilmar Júnior, pelo amor e companheirismo constante.

Às minhas amigas de sempre, Stephany, Fernanda, Betina, Caroline, Jessica, Luma, Giovanna e Marcela, por a todo momento estarem comigo.

Externo minha gratidão aos amigos que construí durante a jornada acadêmica. Sara Helena e Marília, pela amizade e por todas as aventuras vivenciadas. Thaís Helena, Luiza, Bruna, Renata Caroline e João Victor, meu muitíssimo obrigado pela amizade e companheirismo ao longo destes anos de graduação. Todos vocês dão sentido ao clichê que grandes amizades conquistadas na faculdade certamente permanecem por toda a vida.

A toda equipe do gabinete do Desembargador Paulo Roberto Sartorato e da Procuradora Heloísa Crescenti Abdalla Freire e à Procuradoria Jurídica da Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina, por toda paciência e colaboração em meu aprendizado.

À minha orientadora, Josiane, pela dedicada orientação neste trabalho, bem como por toda a rica sabedoria jurídica ministrada em sala de aula, que possibilitou o despertar para um olhar mais atento e atencioso aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Por fim, agradeço a todos que, de algum modo, fizeram parte da minha graduação e contribuíram, direta ou indiretamente, para a elaboração desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo de estudo verificar as mudanças decorrentes da Lei n. 13.257/16, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, em especial no Código de Processo Penal e a aplicação da Doutrina da Proteção Integral para os filhos dos presos. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo e a temática será desenvolvida pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (livros, publicações e jurisprudência). Aponta-se, inicialmente, uma revisão histórica dos direitos da criança e do adolescente e sua consolidação como sujeitos de direitos. Após, trata-se sobre a Doutrina da Proteção Integral, bem como sobre os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse. Em seguida, explora-se as inovações da Lei n. 13.257/16, principalmente as novas possibilidades para concessão da prisão domiciliar. Por fim, apresenta-se jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras chave: Lei n. 13.257/16. Proteção Integral. Prisão Domiciliar. Primeira Infância.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. BREVE RELATO HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE....	8
1.1 Idade Antiga.....	8
1.2 Idade Média.....	10
1.3 Idade Moderna ou Tempos Modernos.....	11
1.4 Cenário Nacional.....	17
2. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DO MELHOR INTERESSE.	26
2.1 Doutrina da Proteção Integral.....	26
2.2 Os Princípios da Prioridade absoluta e do Melhor Interesse.....	32
2.2.1 O Princípio da Prioridade Absoluta.....	32
2.2.2 O Princípio do Melhor Interesse.....	34
3. O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA.....	38
3.1 Aspectos gerais da Lei.....	38
3.1.1 Principais alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente:....	44
3.1.2 As alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas.....	47
3.1.3 As alterações no Código de Processo Penal.....	48
3.2 A Proteção Integral dos Filhos dos Presos.....	54
3.3 Jurisprudência sobre o assunto:.....	58
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso discorre sobre as mudanças decorrentes da Lei n. 13.257/16, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, em especial no Código de Processo Penal e a aplicação da Doutrina da Proteção Integral para os filhos dos presos, tendo em vista as novas possibilidades de prisão domiciliar.

O tema é, incontestemente, de extrema relevância. Pois se tratando do Brasil e de sua cultura jurídica repressora espelhada numa sociedade conservadora discriminatória, a Lei n. 13.257/16 representa um importante marco para exigir uma postura ativa dos Magistrados. Isso porque, apesar de tanto a Constituição, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e da Adolescente já adotarem a Doutrina da Proteção Integral como base, ainda se observa no Judiciário um comportamento retrógrado em relação a população carcerária e seus familiares.

A vista disso, o objetivo do presente trabalho consiste em estudar as inovações trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância, em especial a concessão da prisão domiciliar com o intuito de minimizar o sofrimento psíquico nas crianças que possuem seus genitores encarcerados.

Dessa forma, para alcançar o objetivo central deste trabalho, o presente estudo monográfico, utilizando-se do método dedutivo e a partir do resultado de pesquisa bibliográfica e jurídico-constitucional, divide-se em três capítulos, além da conclusão, a saber: 1) Breve relato histórico do direito da criança e do adolescente; 2) A Doutrina da Proteção Integral e os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse; e 3) O Marco Legal da Primeira Infância.

O primeiro capítulo dedica-se a relembrar a evolução histórica do direito da criança e do adolescente, pois a população infantoadolescente, conquistou o status de sujeitos de direitos somente na história recente, antes eram considerados meros objetos de tutela. Analisar-se-á conforme a divisão clássica da História Ocidental, Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna. Além de especificamente o cenário nacional, de modo a demonstrar as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do tempo.

Por sua vez, o segundo capítulo versará sobre a Doutrina da Proteção Integral, a qual é um sistema garantista em que a criança é entendida como sujeito de direitos e não mero receptor passivo das ações realizadas ao seu favor. Posteriormente, dar-se-á enfoque nos Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse.

No terceiro capítulo, se discorrerá acerca da nova Lei n. 13.257/16. Serão analisadas as principais alterações decorrentes dela, principalmente no Código de Processo Penal. Tratar-se-á sobre as novas hipóteses para a concessão de prisão domiciliar e sobre a Proteção Integral dos filhos dos presos. Por fim, apresentar-se-á julgados que concederam prisão domiciliar seguindo o Marco Legal da Primeira Infância.

O método de procedimento a ser utilizado neste trabalho será o monográfico. Já o método de abordagem da pesquisa será o dedutivo e a temática será desenvolvida pela técnica de documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica (livros, publicações e jurisprudência).

1. BREVE RELATO HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

As crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, alvos diretos da doutrina da proteção integral, entretanto, é preciso recordar que nem sempre dispuseram desse status ao longo da História Ocidental, abordada neste capítulo, conforme a divisão clássica: Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna.

1.1 Idade Antiga

No período entre a invenção da escrita (4000 a. C. a 3500 a. C.) e a queda do Império Romano do Ocidente (século V d. C) encontra-se a Idade Antiga. Referente a esse período, em linhas gerais, os estudiosos descrevem que os vínculos familiares eram estabelecidos não por vínculos consanguíneos, nem tampouco afetivos, mas principalmente em decorrência de vínculos religiosos.

Nas civilizações antigas era comum as crianças serem consideradas propriedade dos pais, os quais decidiam sobre a vida ou a morte de seus filhos.

Com relação à Grécia Antiga, há uma dificuldade de padronizar o ritual, já que cada Cidade-Estado se apresentava de determinada forma, mas como regra geral verificou-se que apenas a criança saudável e forte poderia vir a crescer e a se desenvolver. Caso os neonatos tivessem alguma deformidade ou fraqueza deveriam ser “descartados” logo após o nascimento.¹

As autoras Josiane Rose Petry Veronese e Walkíria Machado Rodrigues explicam que em razão das guerras e conquistas militares que marcaram a civilização grega, os meninos quando atingiam a puberdade eram separados de suas famílias para ingressarem em um rígido sistema de educação. Eram-lhes ministradas atividades que cultuavam o corpo e a mente, quase sempre com intenções militares. Os jovens tinham uma relação de

¹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583#_ftnref2>. Acesso em: 02 maio 2017.

submissão ao seu mestre (este, um cidadão grego, muito mais velho), com quem mantinham relações íntimas.²

Andréa Rodrigues Amin apresenta que, em Esparta, cidade grega famosa por seus guerreiros, o pai transferia para um tribunal do Estado o poder sobre a vida e a criação dos filhos, com objetivo de preparar novos guerreiros. As crianças eram, portanto, “patrimônio” do Estado.³

No Oriente era comum o sacrifício religioso de crianças, em virtude de sua pureza. Também era corrente, entre os antigos, o sacrifício de crianças doentes, deficientes, malformadas, jogando-as de despenhadeiros. Tal ação tinha como objetivo de se desfazer de um peso morto para a sociedade. A exceção ficava a cargo dos hebreus que proibiam o aborto ou o sacrifício dos filhos, apesar de permitirem a sua venda como escravos.⁴

Em Roma, a família organizava-se pelo poder paterno, o *pater familiae*, o qual era conferido de autoridade familiar como também religiosa. As crianças e os adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos, mas sim mercadorias. O pai era o proprietário de seus filhos, podendo decidir sobre a vida e a morte de sua prole, conforme explica Maria Regina de Azambuja:

Em Roma (449 a.C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta nº 2). Em Roma e na Grécia Antiga, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe da família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.⁵

Apesar disso, importante foi a contribuição de Roma, que diferenciou crianças impúberes e púberes, similar à incapacidade absoluta e relativa no ordenamento jurídico atual.

² VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001

³ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02

⁴ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 03

⁵ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança?** Revista Virtual de Textos e Contextos. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006

Assim, a circunstância de infância praticamente não existia, não era dedicada qualquer atenção especial às crianças e aos adolescentes, ficando a mercê, inclusive a sua existência, da vontade dos genitores.

1.2 Idade Média

A Idade Média é o período da história situado entre os séculos V d.C. e XV d.C., cujo início é marcado pela queda do Império Romano do Ocidente e seu fim pela transição para a Idade Moderna, quando ocorreu a queda de Roma do Oriente ou de Constantinopla e a ascensão do Império Turco-Otomano. A Idade Média, como período intermédio de aproximadamente 1000 anos no continente europeu, é frequentemente subdividida em Alta e Baixa Idade Média.

Tal período é caracterizado pelo desenvolvimento do modo de produção feudal na Europa, no qual o grupo familiar no feudo era igualmente comandado pelo pai, o chefe da família. Observa-se, num primeiro momento, que a figura da criança e do adolescente não está presente na estrutura social medieval, ou seja, não há distinção clara das peculiaridades da criança e do adulto, reservando-lhes a posição de “adultos em miniatura”.⁶

Josiane Rose Petry Veronese e Walkíria Machado Rodrigues relatam que os destinos das crianças estavam demarcados de acordo com a sua classe social. Para os filhos dos servos era certa a função de dar continuidade aos serviços dos pais, em atendimento aos senhores feudais. Os filhos dos senhores, por sua vez, deveriam passar por uma austera formação religiosa e educacional, para, em seguida, concretizarem o casamento arranjado pelos pais. Os jovens que não observassem os costumes eram recriminados socialmente e tidos como infiéis cristãos.⁷

⁶ SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância.: A história social da criança e do adolescente.** 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões.** Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001

A Idade Média também é reconhecida como o período da história do crescimento e consolidação da religião Católica, como narra Andréa Rodrigues Amin:

A idade média foi marcada pelo crescimento da religião cristã com seu grande poder de influência sobre os sistemas jurídicos da época. “Deus falava, a Igreja traduzia e o monarca cumpria a determinação divina”. O homem não era um ser racional, mas sim um pecador e, portanto, precisava seguir as determinações da autoridade religiosa para que sua alma fosse salva.

O Cristianismo trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para as crianças: defendeu o direito à dignidade para todos, inclusive para os menores.

Como reflexo, atenuou a severidade de tratamento na relação pai e filho, pregando, contudo, o dever de respeito, aplicação prática do quarto mandamento do catolicismo: “honrar pai e mãe”.

Através de diversos concílios a Igreja foi outorgando certa proteção aos menores prevendo e aplicando penas corporais e espirituais para os pais que abandonavam ou expunham os filhos. Em contrapartida, os filhos nascidos fora do manto sagrado do matrimônio (um dos sete sacramentos do catolicismo) eram discriminados, pois indiretamente atentavam contra a instituição sagrada, àquela época única forma de se constituir família, base de toda sociedade. Segundo doutrina traçada no Concílio de Trento, a filiação natural ou ilegítima – filhos espúrios, adúlteros ou sacrílegos – deveria permanecer à margem do Direito, já que era a prova viva da violação do modelo moral determinado à época.⁸

Em suma, no mundo ocidental da época – a Europa medieval – o catolicismo teve grande contribuição para o início do reconhecimento do Direito da Criança e do Adolescente, pois como explicado, defendia a dignidade para todos, repercutindo, inclusive, no convívio familiar, diminuindo a severidade presente nos relacionamentos entre pais e filhos. No entanto, em compensação, pregava que filhos nascidos fora do casamento deveriam ser deixados à margem da sociedade, sem qualquer direito, visto que eram a manifestação da violação da instituição sagrada.

1.3 Idade Moderna ou Tempos Modernos

Tradicionalmente aceita-se o início da Idade Moderna a partir da queda de Roma do Oriente ou de Constantinopla, em 1453, e seu término com a Revolução Francesa, em 1789. Todavia, ainda que a queda de

⁸ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

Constantinopla seja o evento mais aceito, não é o único usado para demarcar o início deste período da história do Ocidente. Outras propostas utilizam a conquista de Ceuta pelos portugueses em 1415, a viagem de Cristóvão Colombo ao continente americano em 1492 ou a viagem à Índia de Vasco da Gama em 1498.

Ainda, existem outras correntes históricas que preferem trabalhar com a concepção de Tempos Modernos, compreendido como período não acabado, subdividido em primeiros tempos modernos (*Early Modern Times*) e últimos tempos modernos (*Later Modern Times*) ou então realizam uma divisão entre sociedades pré-industriais e sociedades industriais.

O fato é que este período da história do Ocidente é um período de transição, de revolução social, marcado pela substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista. E, dessa forma, as mudanças sociais e econômicas desta época permitiram maior espaço para a infância dentro da sociedade.

Um grande acontecimento que possibilitou maior espaço para a infância foi o aparecimento da preocupação com a educação. Esse interesse animou um certo número de eclesiásticos e juristas, a partir dos séculos XVI e XVII, a iniciarem uma verdadeira moralização da sociedade. Ensinavam aos pais que eles eram guardiões espirituais e responsáveis, perante Deus, pela alma e, até mesmo, pelo corpo de seus filhos.⁹

Desse modo, os pais não se contentavam mais em somente procriar sem responsabilidades, mas a moral da época lhes impunha proporcionar a todos os seus filhos, e não apenas aos mais velhos e, no fim do século XVII, até mesmo às meninas, uma preparação para a vida.¹⁰

No mesmo caminho, a partir do século XVIII, na Europa, outro fator de considerável importância influenciou na história da proteção infanto-juvenil, a iniciativa de levantamentos demográficos da população, inclusive de crianças

⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001, p. 17

abandonadas e prostitutas, visando aproveitá-las como força de trabalho potenciais, sobretudo, na promoção da ocupação das terras das colônias. Em alguns casos, isentava-se do serviço militar quem quisesse cuidar dessas crianças até que entrassem para o Exército, no qual seriam obrigadas a servir até 25 ou 30 anos, substituindo o marinheiro e o soldado que tinham custos mais elevados ao Estado.¹¹

Em contrapartida, Thalissa Corrêa de Oliveira destaca que nesse mesmo período surgiram as punições físicas e espancamentos como método de fazer com que as crianças agissem conforme o desejo dos adultos e fossem afastadas de más influências.¹² A família e a escola defendida pelos moralistas conduziram ao isolamento da infância num regime disciplinar cada vez mais rigoroso, infligindo o chicote, a prisão e outras penas corporais.

Ainda, a Primeira Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, teve como grande reflexo social a exploração do trabalho operário, em especial o trabalho infantil. A divisão e a organização do trabalho, típicas do sistema capitalista, implicaram novas atribuições às crianças e adolescentes, tornando-os fontes de exploração para o enriquecimento. Crianças muito novas eram submetidas a extensas jornadas de trabalho nas fábricas da Inglaterra, consoante descrito por Karl Marx no capítulo 24 – *A chamada acumulação Primitiva* do livro *O Capital*:

Nos condados do Derbyshire, Nottinghamshire e, mais particularmente, no Lancashire, diz Fielden, a maquinaria recentemente inventada foi usada em grandes fábricas construídas nas margens de rios capazes de fazerem girar a roda hidráulica. Milhares de braços foram subitamente requeridos nesses lugares, remotos das cidades; e, sendo, em particular, o Lancashire, até então, comparativamente, escassamente povoado e estéril, do que agora precisava era de uma população. Sendo os dedos pequenos e ágeis das criancinhas, de muito longe, o que mais era pedido, surgiu instantaneamente o costume de arranjar aprendizes nas diferentes workhouses paroquiais de Londres, de Birmingham e de outros lados. Muitos, muitos milhares dessas pequenas, infelizes, criaturas foram mandadas para o norte, tendo desde a idade de 7 até à idade de 13 ou 14 anos. O costume era de que o mestre (isto é, o ladrão de crianças) vestisse os seus aprendizes e os alimentasse e alojasse

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

¹² OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

numa "casa de aprendizes" perto da fábrica; foram contratados supervisores para vigiarem as obras e o interesse deles era fazer trabalhar as crianças ao máximo, porque a paga deles era em proporção à quantidade de trabalho que conseguissem extorquir. Claro que a consequência era a crueldade... Em muitos dos distritos manufatureiros, mas particularmente, receio, no condado cheio de culpas a que pertença [Lancashire], foram praticadas as crueldades mais de cortar o coração sobre as criaturas inofensivas e desvalidas que estavam, assim, consignadas ao cuidado de mestres manufatureiros; eram fatigadas até à beira da morte por excesso de trabalho...eram açoitadas, agrilhoadas e torturadas com o requinte de crueldade mais apurado;...em muitos casos, eram reduzidas pela fome até ao osso e açoitadas no seu trabalho e... mesmo nalgumas ocasiões...foram levadas a suicidarem-se.¹³

Assim, não havia nenhum tipo de garantia legal que impedisse comportamentos abusivos em relação às crianças, as quais eram encaradas e tratadas como adultos pela sociedade no tocante às relações de trabalho.

Além disso, a expansão da Revolução Industrial na Alemanha, em linhas gerais, segundo os estudiosos, foi um dos motivos que contribuíram para a eclosão da Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918). Isso porque, a crescente necessidade por parte dos “países industrializados” de obter matéria prima barata e mercado consumidor para seus produtos ocasionou a dominação de terras na África e na Ásia (políticas imperialistas), acarretando disputas e tensões entre esses “países industrializados” no continente europeu.

E, a guerra trouxe consequências econômicas, políticas e sociais profundas, gerando grave crise econômica devido à devastação, além dos elevados gastos militares, culminando em diversos movimentos sociais, os quais contribuíram para o início da criação de mecanismos de proteção à criança, como disserta Rossato:

Dois fatores foram marcantes para a eclosão de uma preocupação com a criança, iniciando-se um novo ciclo: o descontentamento da classe operária com as condições de trabalho existentes; b – os horrores da primeira guerra mundial, com consequências nefastas às crianças. Com efeito, apenas no final do século XIX e início do século XX deflagraram-se vários movimentos sociais em que se pleiteava, principalmente, a redução das horas trabalhadas e da idade mínima para o trabalho, além das melhorias nas condições de trabalho de um modo geral¹⁴

¹³ MARX, Karl. **O Capital** (Crítica da Economia Política). Tradução de Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, livro 1, v. 1, 1971.

¹⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

Destarte, somando este panorama, os horrores da Primeira Grande Guerra criaram uma situação de abandono de crianças em razão da morte de seus pais. Essa situação gerou indignação da comunidade internacional, o que resultou, a partir deste momento, o surgimento dos primeiros sistemas de proteção da criança e dos adolescentes, sejam eles dedicados exclusivamente ao tema de proteção da criança, seja através de algumas normas específicas constantes de convenções e normas de proteção de direitos humanos.¹⁵

Dessa forma, em 1919, após a Primeira Grande Guerra, países como Estados Unidos, França e Inglaterra estabeleceram um conjunto de decisões consubstanciadas no “Tratado de Versalhes”, que criou em sua Parte III, a Organização Internacional do Trabalho – OIT.¹⁶ Tal organização, atendendo aos reclamos de sindicatos, limitou a jornada de trabalho, proibiu o trabalho noturno de menores de 18 anos e definiu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria.

Já em 1924 a Sociedade das Nações elaborou a Carta da Liga sobre a Criança, mais conhecida como a Declaração de Genebra, a qual determinou a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Castro¹⁷ elucida que a Declaração de Genebra possuía dois fundamentos principais, quais sejam: a ideia de considerar a criança uma categoria especial de indivíduos integrante da sociedade, um grupo vulnerável que dentro de sua igualdade, coexistiam diferentes características e necessidades; e o segundo fundamento era a necessidade de criar instrumentos internacionais uniformes protetores dos direitos da infância. Entretanto, os objetivos da Declaração foram frustrados com o fim da Sociedade das Nações e com a deflagração da Segunda Guerra Mundial em 1939.

¹⁵ CARDOZO, Antonio Carlos Bittencourt. **Conselho Tutelar como instrumento de participação da população e de efetivação da política social de atendimento da criança e do adolescente**. 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36493/000817551.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2017.

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 578.

¹⁷ CASTRO apud VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas**: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85.

Finda a Segunda Guerra Mundial, em 1945, concebe-se a Organização das Nações Unidas – ONU, cujo objetivo, além da manutenção da paz e da segurança internacional, é o respeito, proteção e salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Portanto, em harmonia com essas metas, a Assembleia das Nações Unidas proclamou em dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual é considerada a Carta Magna dos direitos humanos, sintetizando as preocupações mais nobres do direito universal. Nela estão incluídos, implicitamente, os direitos e as liberdades das crianças e adolescentes.¹⁸

Em 1959 foi proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV) a Declaração dos Direitos da Criança, e assim a criança começa a ser entendida como sujeito de direitos e não mais mero receptor passivo das ações realizadas ao seu favor. Com essa Declaração, o princípio norteador para aqueles que possuem a responsabilidade sobre as crianças passa a ser o interesse superior destas.¹⁹

Essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança ao afirmar que "a Humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços" e a Declaração passou, assim, a constituir-se, ao menos, um marco moral para os direitos da criança.²⁰

E, como elucidada Josiane Rose Petry Veronese e Cláudia Maria Carvalho do Amaral Vieira na obra *Crianças Encarceradas*, a Declaração dos Direitos da Criança foi o impulso necessário para que posteriormente em 1989 fosse aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança:

Fato é, também que a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 incentivou uma nova fase de desenvolvimento normativo orientado a formular um convênio ou pacto internacional imperativo para os

¹⁸ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 85-86.

¹⁹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 88.

²⁰ SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. **A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança**.: Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2568/a-declaracao-dos-direitos-da-crianca-e-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 04 maio 2017.

Estados que firmassem e ratificassem, e do qual pudessem derivar medidas de fiscalização e de responsabilização das infrações comprovadas.

Esse nobre empenho culminou anos depois na aprovação, em 20 de novembro de 1989, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor em 1990 e, até a presente data, já foi ratificada por 191 países, restando apenas dois Estados nos quais a Convenção não vigora: Somália e Estados Unidos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança constitui um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, ou seja, tem força jurídica obrigatória e abarca todo o espectro dos direitos humanos, isto é, reconhece tanto os direitos civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, afirmando implicitamente que o desfrute de um direito não pode estar apartado do gozo dos demais. Isso significa que, para a criança desenvolver as suas capacidades físicas, intelectuais, morais e espirituais, requer-se tanto atenção médica e educação adequada quanto um meio social e familiar saudável e seguro, alimentação equilibrada e normas mínimas que regulem a atuação dos meios de comunicação.²¹

Em suma, a Convenção sobre os Direitos da Criança é uma “lei internacional” sendo o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por mais de 190 países e consolidou no cenário internacional a doutrina da proteção integral da criança e fortaleceu a concepção que elas são sujeitos de direitos.

1.4 Cenário Nacional

O Direito Brasileiro, até a proclamação da Constituição da República Federativa de 1988 – Constituição Cidadã, não reconhecia as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, mas somente como objetos de tutela.²²

De fato, tanto a Constituição do Império de 1824, como a primeira da República de 1891, não disciplinavam direitos específicos no que toca às crianças e aos adolescentes.

Inclusive, a imputabilidade penal, estabelecida atualmente até os 18 anos como cláusula pétrea da Constituição Cidadã, no Código Penal do Império de 1830 era ao limite de 14 anos de idade. Limite este reduzido para

²¹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 89

²² SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância.**: A história social da criança e do adolescente. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

09 anos de idade com o primeiro Código Penal da República de 1890, o qual utilizava a teoria de ação do discernimento.

Com efeito, somente após proclamação da independência, o Estado brasileiro começou, de forma muito rudimentar, a se interessar nos infantes. Em 1823, na constituinte, José Bonifácio expôs uma proposta que visava a criança escrava, a qual dizia que a mãe escrava teria um mês de recuperação após o parto e por um ano não laboraria longe de seu filho. Entretanto, esse projeto foi completamente ignorado quando D. Pedro I outorgou a Constituição de 1824.²³

Aos poucos, a questão da escravidão começou a ser amplamente discutida entre os intelectuais brasileiros, tendo como consequência o crescimento do movimento abolicionista. E, em 1871, foi promulgada a Lei do Vente Livre, pela então regente Princesa Isabel, na ausência de D. Pedro II. Mas essa lei possuía uma série de cláusulas restritivas, como por exemplo, o proprietário tinha a opção de utilizar os serviços da criança até que esta completasse 21 anos, na realidade constituía-se uma nova modalidade de escravidão.

Todavia, mesmo assim, esta lei representou um importante avanço legislativo, seja na proteção do negro, considerando que foi o começo do processo que extinguiu o regime de escravidão, seja na proteção da infância, na medida em que, ainda que apenas formalmente, conferia às crianças negras o direito à liberdade, um dos direitos fundamentais que até então lhe era negado.²⁴

Antes da abolição total do regime escravocrata em 1888, começou-se em meados do século XIX uma intensa campanha de imigração para substituir a mão de obra nas lavouras e também para a ocupação dos territórios do Sul. Todavia, muitos europeus que aqui chegaram se frustraram com a dura realidade, muito diferente das propagandas que eram

²³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999., p. 11.

²⁴ SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância**.: A história social da criança e do adolescente. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

disseminadas por toda a Europa. As dificuldades encontradas, aliadas à inadaptação ao clima e a sujeição de doenças, fizeram um crescente aumento dos números de órfãos, inclusive, Veronese²⁵ chama a atenção para o fato de que a partir de 1870, alguns orfanatos foram criados com a finalidade de abrigar os filhos dos imigrantes vitimados pela febre amarela.

Além disso, com a crescente urbanização e o surgimento de indústrias e conseqüentemente da pobreza, acentuou-se o abandono de crianças pelas ruas, chamando a atenção da Igreja Católica, que interfere através das Santas Casas de Misericórdia. Estas instituições passaram a ter maior destaque nas demandas das crianças e adolescentes, com a famosa Casa dos Expostos, conhecida como Roda.

A Roda dos Expostos que funcionava dentro da Santa Casa de Misericórdia, era um cilindro de madeira com uma abertura para a rua e outra para dentro da instituição e tinha como objetivo servir de local apropriado para o abandono de recém-nascidos, com uma companhia a ser acionada quando uma criança era colocada na roda e esta roda girava, de modo que o “doador” do recém-nascido não fosse visto. Em São Paulo a Roda foi instalada no ano de 1896, no entanto ela já existia desde 1738 no Rio de Janeiro.²⁶

Assim, inegável é que a primeira instituição encarregada da assistência às crianças foi a Igreja Católica, por meio de ações filantrópicas e de caridade, principalmente através das Ordens Religiosas. Estas, aliás, estavam presentes desde o início do período colonial do Brasil, como por exemplo, as Missões dos padres jesuítas que catequizavam as crianças indígenas como forma de recrutar mais fieis para a Igreja e reprimir a cultura nativa.

Somente em 1921 o Brasil elaborou o primeiro documento legal que regulamenta a relação entre o Estado e a Infância: a Lei Orçamentaria n. 4.242, que autorizava o serviço de assistência e proteção à infância e aos

²⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999, p. 15

²⁶ idem

delinquentes. Posteriormente, culminou no Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923 que criou o primeiro Juizado de Menores, em 1924.

Josiane Rose Petry Veronese explica que além do Juizado de Menores, o citado decreto, em seu artigo 62, Capítulo III, determinava que, subordinado ao juizado, haveria um “abrigo”, capaz de manter tantos meninos como meninas, destinado a fazer a triagem das crianças e adolescentes, sendo portanto provisório e de observação, para em seguida encaminhá-los a outros estabelecimentos, além de serem divididos em seções de “abandonados” e “delinquentes”.²⁷

Em outubro de 1927 publicou-se o primeiro Código de Menores do Brasil, mais conhecido como Código Mello Mattos, em virtude do magistrado José Candido Albuquerque Mello de Matos, autor do projeto de lei e defensor da “doutrina do direito penal do menor”.

Já no artigo 1º do Código, afirmava-se que o menor abandonado ou delinquente, menor de 18 anos de idade estaria submetido às medidas de assistência determinadas pelas autoridades competentes. Ou seja, caberia ao Juiz de Menores decidir o destino dessas crianças e adolescentes.

A autora Andréia Rodrigues Amim discorre que a família, independentemente da situação econômica, tinha o dever de suprimir adequadamente as necessidades básicas das crianças e jovens de acordo com o modelo estatal. A autora também explica que o código possuía medidas assistenciais e preventivas previstas e que no campo infracional crianças e adolescentes até os 14 anos eram objeto de medidas punitivas com objetivos educacionais. Já os jovens entre 14 e 18 eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada. Amim afirma que foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Assim, estava construída a categoria Menor, conceito

²⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999, p. 23.

estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a Lei n. 8.069 de 1990.²⁸

Já a autora Josiane Rose Petry Veronese elucida que o Código Mello Mattos visava apenas os “menores” que estavam à margem da sociedade, provenientes de famílias problemáticas segundo a elite moralista da época, e essas crianças sofriam discriminação e condenação moral:

A tônica predominante desta legislação menorista era corretiva, isto é, fazia-se necessário educar, disciplinar, física, moral e civicamente as crianças oriundas de famílias desajustadas ou da orfandade. O Código instituía uma perspectiva individualizante do problema do menor: a situação de dependência não decorria de fatores estruturais, mas do acidente da orfandade e da incompetência de famílias privadas, portanto culpabilizava de forma quase que exclusiva a desestrutura familiar. O problema tornava-se público pelo somatório de dramas individuais e a solução residia na institucionalização das crianças e jovens que, isolados em supostas instituições educacionais, teriam lá reconstituídas sua identidade e predisposição à conformidade aos cursos esperados de sociabilidade.²⁹

A primeira Constituição brasileira na qual foram incluídas regras de proteção a criança e ao adolescente foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, cujo artigo 121, § 1º, alínea “d”, vedava qualquer trabalho ao menor de 14 anos, o trabalho noturno ao menor de 16, e o realizado em indústrias insalubres aos menores de 18 anos de idade. Fruto do sentimento nacionalista que crescia no país pelo populismo de Getúlio Vargas, além de um processo de industrialização tardio e, dessa forma, para evitar que crianças trabalhassem em fábricas, sujeitas a todas as formas de exploração, como ocorreu no século anterior na Europa, estabeleceu-se essa regra.

Após apenas três anos, há a promulgação de uma nova Constituição, a de 1937, com mais avanços nos direitos das crianças e dos adolescentes. Pois, além de confirmar as diretrizes da sua antecessora, afirmou em seu artigo 127 que as crianças e os adolescentes eram objeto de cuidados e garantias especiais:

Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as

²⁸ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p.

²⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999, p. 28.

medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

Mayra Silveira elucida que a partir da Carta Magna de 1937, o Estado estava constitucionalmente obrigado a atender e proteger crianças e adolescentes desamparados. Todavia, a proteção e o “conforto indispensável à preservação física e moral” não passaram de letra morta, tendo em vista o triste desenrolar histórico das instituições criadas com fins no atendimento deste artigo 127.³⁰

Em 1940, foi aprovado por meio do Decreto-lei nº 2.848, o Código Penal que permanece em vigor atualmente. De forma inovadora no Brasil, determinou a imputabilidade penal nos 18 anos de idade, permanecendo esta idade até os dias atuais. Tal idade é fixada inclusive na Constituição de 1988, como cláusula pétrea, apesar dos constantes movimentos populares, na sua maioria organizados e incentivados por apelos da mídia e da classe média alta, em defesa de sua minoração para 16 ou 14 anos.

Nesta época também ocorreu um crescente índice de problemas sociais relacionados ao aumento da criminalidade entre as crianças e adolescentes. Assim, o Estado é chamado a intervir, dispondo da internação como principal medida remediadora. Com a demanda, surgiram diversas instituições para receber esses menores, entre elas o SAM – Serviço de Assistência ao Menor, ligado ao Ministério da Justiça, o qual servia para encarcerar a criança e o adolescente que cometesse ato infracional.

Em 1964 ocorreu o golpe militar, controlando todos os setores da vida pública e privada, passando a gerenciar todas as políticas públicas sociais de acordo com seus interesses. E, por meio da Lei n. 4.513, ocorreu a substituição do SAM pela FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

A operação da nova entidade era baseada na PNBEM – Política Nacional do Bem-Estar do Menor, com gestão centralizadora e verticalizada. Legalmente a FUNABEM continha uma proposta pedagógica-assistencial

³⁰ SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância.**: A história social da criança e do adolescente. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

progressiva. Todavia, na prática, era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional”³¹

Este instrumento de controle da sociedade não se demonstrou eficiente, tendo em vista o crescente número de crianças marginalizadas, além da incapacidade de proporcionar a reeducação. Isto ocorreu porque, apesar dos princípios tuteladores que fundamentavam a doutrina da “situação irregular”, as instituições destinadas à proteção destas crianças e adolescentes não cumpriam o papel a elas destinado. Na realidade, serviam quase que exclusivamente à reclusão dos menores que praticavam atos infracionais, submetendo estes a uma abordagem igual ou pior ao dado aos adultos presos.³²

A situação da infância e da juventude vulnerável brasileira não foi em nada melhorada com o Golpe Militar de 1964. A Constituição da República Federativa outorgada em 1967, não trouxe novas colaborações para a proteção de crianças e adolescentes.³³

Inserido neste contexto nasce o Código de Menores de 1979. Com tal Código se dá a substituição da doutrina do “direito penal juvenil”, imposta pelo Código Mello de Mattos, pela doutrina do “menor em situação irregular”, que dizia respeito ao menor de 18 anos de idade que se encontrava abandonado materialmente, com desvio de conduta e autor de infração penal.³⁴

Conforme o artigo 2º de tal Lei:

³¹ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

³² SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância**.: A história social da criança e do adolescente. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

³³ idem

³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999, p. 35.

Artigo 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

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.

Paragrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Durante todo este período a cultura da internação, para carentes ou delinquentes, foi a tônica. A segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução.³⁵

Felizmente o Código de 1979 não durou por muito tempo, pois, nos anos 80, com o começo da abertura democrática e as discussões sobre os direitos da criança e do adolescente, surgiram novos ideais que lutavam pelo fim do Código de Menores de 1979.

No caminho da ruptura, merece destaque a atuação do MNMMR – Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, resultado do 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, realizado em 1984, cujo objetivo era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão das crianças e adolescentes rotuladas como “menores abandonadas” ou “meninos de rua”.³⁶

Assim, em 1988, promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição Cidadã, por inovar nos

³⁵ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p.7

³⁶ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8

direitos individuais e sociais, assegurando diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, de forma nunca vista anteriormente. Tornou-se um marco na história dos direitos da criança e adolescente pela aprovação do artigo 227, o qual substituiu a doutrina da situação irregular pela doutrina da proteção integral:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, a Constituição de 1988 transformou os infantes-juvenis, que antes eram tão só objetos de tutela, em sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais. Para tanto, foi utilizado o sistema garantista da doutrina da proteção Integral, a qual será melhor aprofundada no capítulo seguinte.

Ainda, o legislador, necessitando instrumentalizar o novo sistema, aprovou a revolucionária Lei n. 8.069/1990, melhor conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, forma-se um novo modelo para o direito das crianças e dos adolescentes, que não é mais somente de caráter filantrópico e assistencial ou repressor, mas sim de políticas públicas que assegurem o desenvolvimento, o crescimento e o desdobramento de suas potencialidades, para os tornar cidadãos adultos livres e dignos.

2. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DO MELHOR INTERESSE.

2.1 Doutrina da Proteção Integral

A ONU, ciente da grande necessidade de atualização e melhoria dos documentos de proteção da população infanto-juvenil, criou em 1979³⁷ um grupo de trabalho com o objetivo de elaborar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, o qual foi aprovado em 1989 pela resolução n. 44.

A Convenção dos Direitos da Criança instaurou internacionalmente uma nova relação entre o Direito e as crianças, relação essa conhecida como Doutrina da Proteção Integral. A mencionada convenção estabelece um novo paradigma a ser seguido, colocando os infantes em um quadro de garantias integrais, determinando que cada nação deverá priorizar os interesses das crianças e dos adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos.

Como Veronese e Vieira discorrem, apesar de a Convenção não mencionar em seus dispositivos a expressão “Proteção Integral”, o novo paradigma fica evidenciado ante o enorme rol de direitos reconhecidos pela Convenção, que, em seu conjunto, cria um sistema segundo o qual não existe efetiva proteção se não houver garantia, não apenas de um direito específico, mas de todos os direitos correlatos.³⁸

Além disso, não é um simples documento de intenções, pois, ao contrário da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, tem natureza coercitiva, exigindo os Estados que a assinaram um agir, ou seja, afirmando de forma clara as responsabilidades para com as gerações do futuro.

³⁷ Em 1978, o governo polonês apresentou à comunidade internacional uma proposta de convenção internacional relativa aos direitos da criança. No ano seguinte, em 1979, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas examina tal documento fazendo surgir um Grupo de Trabalho, o qual partindo dessa ideia inicial da Polônia, passa a produzir um texto definitivo. (VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.96)

³⁸ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 98

Assim, ocorreu a transformação do modelo anterior, conhecido como modelo tutelar, filantrópico, da situação irregular ou assistencialista, o qual pregava a criança como mero objeto de tutela e não como sujeitos de direitos.

Ainda, cabe transcrever trecho do livro *Os direitos da criança e do Adolescente* de autoria de Josiane Rose Petry Veronese, onde a autora sintetiza a essência do conteúdo da Convenção:

O preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança lembra os princípios básicos, tais como a liberdade, a justiça e a paz, os quais reconhecem que toda criatura humana é possuidora de dignidade e de direitos humanos iguais e inalienáveis. De modo que os povos das Nações Unidas, consoante tal entendimento, decidiram priorizar o progresso social, o que implica elevação do nível de vida dos mesmos.

Esse documento ratifica o que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos, determina que toda pessoa, sem qualquer tipo de distinção, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição, possui os direitos enunciados nesses documentos.

Reafirma o fato de que as crianças, tendo em vista a sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais; e enfatiza a importância da família, para que a criança desenvolva sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Entende que a criança deve estar preparada para poder interagir no meio social e para tanto deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em especial, com dignidade, tolerância, liberdade, igualdade, solidariedade e espírito de paz. [...]. O documento em apreço também denuncia as condições de dificuldade por que passam certas crianças em todo o mundo, a quem caberia atenção e cuidados especiais.

Por último, acentua a importância do respeito aos valores culturais da comunidade da criança e o papel vital da cooperação internacional para o cumprimento dos Direitos da Criança, o que redundará numa melhora das condições de vida da população infanto-juvenil em todos os países, sobretudo dos em via de desenvolvimento.³⁹

De fato, a Convenção é o resultado do trabalho conjunto de vários países que durante dez anos estudaram e delinearão quais os direitos humanos comuns a toda população infanto-juvenil, para a elaboração de regras legais, mundialmente extensíveis, hábeis a respeitar as diversas culturas existentes. Outrossim, consagrou que as crianças e adolescentes possuem peculiaridades especiais em razão da condição de pessoas em

³⁹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 96-97.

desenvolvimento e que as políticas básicas voltadas para esses indivíduos devem agir de forma integrada entre família, sociedade e Estado.

No Brasil, a Doutrina da Proteção Integral foi inserida pela primeira vez no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, um ano antes da Convenção sobre os direitos da Criança; isso se deu principalmente pela participação ativa de toda a sociedade na redemocratização do país.

Vários foram os movimentos que pressionaram o constituinte pela inclusão dos direitos das crianças na Carta Constitucional, entre eles destaca-se o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), 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 Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção a Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem de Advogados do Brasil (OAB).⁴⁰

Segundo Alves⁴¹ essas instituições possuíam conhecimento das atividades e discussões do Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, o qual estava elaborando a Convenção dos Direitos da Criança. Dessa maneira, traziam para o cenário nacional os debates relativos aos direitos dos infantes-juvenis.

As mobilizações sociais acarretaram mais de um milhão e duzentas mil assinaturas para que garantisse e ampliasse os direitos sociais e individuais das crianças e adolescentes, as quais foram recompensadas com a aprovação dos textos dos artigos 227 a 229 da Constituição Cidadã de 1988, resultado de duas emendas populares.⁴²

⁴⁰ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 108.

⁴¹ ALVES apud VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁴² MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8-9.

Deste modo, colocou o Brasil no distinto grupo de países mais desenvolvidos na defesa dos interesses da infância, onde as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, titulares de direitos fundamentais, adotando-se a Doutrina da Proteção Integral. Seguem *in verbis* os artigos 227 a 229 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. 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.

Assim, rompemos com a Doutrina da Situação Irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico, e adentramos na Doutrina da Proteção Integral.

Com as alterações conquistadas pela Carta Magna, viu-se necessária a revogação do Código de Menores de 1979, pois nessa lei o Estado era isento da função de assegurar as medidas inclusas em seu interior, além de prever como responsáveis pela delinquência as próprias crianças e adolescentes. Veronese e Silveira discorrem que:

O Código de Menores de 1979, apesar de ter constituído, em relação ao anterior (de 1927), um avanço em algumas direções, continha alguns aspectos controversos, que permitiam questionamentos e críticas, como é o caso das características inquisitoriais do processo envolvendo crianças e adolescentes, posto que, enquanto a própria Constituição Federal de 1988 garantia ao maior de 18 anos defesa ampla, o referido Código não previa o princípio do contraditório. Outro fato que pode ser colocado como exemplo dessa distorção era a existência para menores de 18 anos da “prisão cautelar”, uma vez que o “menor”, autor de infração penal, podia ser apreendido para fins de verificação, o que significava uma verdadeira afronta aos direitos da criança. Em contrapartida, em relação ao adulto, a prisão preventiva só poderia ser aplicada em dois casos: flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente – art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988.⁴³

⁴³ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Doutrina e Jurisprudencia**. São Paulo: Conceito, 2011, p. 25-26.

Portanto, dois anos depois, em 1990, antes mesmo da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, construído, dessa forma, a sistêmica da Doutrina da Proteção Integral no país. Já no artigo 1º da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, declara-se que o Estatuto dispõe sobre a proteção integral, da seguinte forma: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Com o fim de garantir efetividade à Doutrina da Proteção Integral a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.⁴⁴

Após alguns meses, ainda no ano de 1990, para complementar a sistemática da Doutrina da Proteção Integral, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU e acolheu o texto na sua totalidade, por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, após aprovação do Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990.⁴⁵

Destarte, estava delineado no campo formal a Doutrina da Proteção Integral. No entanto, o grande desafio é colocá-la em prática, fazê-la real e efetiva, transformar e adequar o cotidiano das crianças e adolescentes para esse sistema garantista. Uma tarefa que requer o comprometimento de todos os envolvidos, tanto o Judiciário, como o Executivo e a sociedade civil.

⁴⁴ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15

⁴⁵ A Convenção sobre os Direitos da Criança, um tratado de Direitos Humanos, por ser anterior à Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, não se submeteu ao procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual, ao exigir quórum de 3/5 dos membros do poder Legislativo Federal para a aprovação, fez com que os tratados de direitos humanos assim aprovados ganhassem força de norma constitucional. (VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 104)

2.2 Os Princípios da Prioridade absoluta e do Melhor Interesse.

Segundo Amim, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema aberto de regras e princípios. As regras nos fornecem a segurança necessária para se delimitar a conduta. Os princípios expressam valores relevantes e fundamentam as regras, exercendo uma função de integração sistêmica.⁴⁶

Canotilho explica a distinção entre regras e princípios, os quais são espécies de normas, construídos a partir da interpretação de textos normativos:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma 'otimização', compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos 'fáticos' e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem 'exigência de otimização', permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do 'tudo ou nada'), consoante seu 'peso' e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.⁴⁷

No âmbito do direito infanto-juvenil nacional, três são os princípios orientadores; o Princípio da Prioridade Absoluta; o Princípio do Melhor Interesse; o Princípio da Municipalização. Para o presente trabalho, é pertinente a discussão de tão só o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Melhor Interesse, os quais serão retratados a seguir.

2.2.1 O Princípio da Prioridade Absoluta.

O princípio da Prioridade Absoluta é um princípio constitucional previsto no artigo 227 da CF, bem como nos artigos 4º e 100, parágrafo único, inciso II, da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como já transcrito anteriormente, o artigo 227 da Constituição Federal determina que *é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem **com absoluta prioridade**, o direito à*

⁴⁶ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19

⁴⁷ CANOTILHO apud MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19

vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Já o artigo 4º da Lei 8.069/90 prevê:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. **A garantia de prioridade** 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. (grifei)

E o artigo 100, parágrafo único, inciso II da Lei 8.069/90 dispõe:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

II - proteção integral e **prioritária**: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e **prioritária** dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (grifei)

Dessa maneira, estabelece-se a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.⁴⁸

Cabe transcrever trecho do livro *Crianças Encarceradas*, no qual as autoras Vieira e Veronese explanam sobre o princípio em análise:

⁴⁸ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente a que se vinculam o Estado- diretamente pelo texto constitucional -, a família e a sociedade – mediante as normas infraconstitucionais-, têm determinação rigorosa da área de sua proteção.

É no Estatuto da Criança e do Adolescente que encontramos essa rigorosa delimitação de direitos, operando com excelência a sua função de dar segurança jurídica aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes trazidos à Constituição Federal, por força do acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

A Constituição Federal atribui à criança, ao adolescente e ao jovem, no art. 227, 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 estabelecer o dever do Estado, da família e da sociedade de os colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A prioridade absoluta constitucional é objeto do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que esclarece que o conceito contido na regra constitucional significa primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a adolescência. É palmar como o Estatuto da Criança e do Adolescente se preocupou, em cada um de seus incisos, em esclarecer, empregando sinônimos, a prioridade determinada no texto constitucional.

Entendemos que a enumeração não pretende ser exaustiva, pois a lei não poderia especificar todas as situações em que se deverá assegurar a preferência à infância e à adolescência, tampouco todas as formas de garanti-la. No mesmo sentido é a posição de Liberati (2009, p.17) para quem o rol do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente é apenas exemplificativo e representa o mínimo exigível de situações em que deverá ser assegurada a preferência do atendimento dos direitos de criança e adolescentes.

Ou seja, é necessário compreender que pela absoluta prioridade a população infantoadolescente deve estar elencada em primeiro lugar na lista de preocupações do Poder Público, em todas as suas esferas (legislativa, judiciária e executiva). Deve, portanto, o Estado respeitar e resguardar, com primazia, os direitos fundamentais infantoadolescentes. Contudo, muitas vezes esses deveres não são vislumbrados na prática.

2.2.2 O Princípio do Melhor Interesse.

Segundo Tânia da Silva Pereira, a origem do princípio do melhor interesse está atrelada ao instituto do *parens patriae*, do direito inglês, o qual era uma prerrogativa da Coroa para proteger aqueles que não podiam o fazer por conta própria, os “menores e loucos”. Pereira esclarece que a partir do

século XVIII começou-se a distinguir as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção dos “loucos”, mas somente em 1836 o princípio do melhor interesse foi reconhecido pelo direito inglês.⁴⁹

Dessa forma, conforme discorre Andréa Rodrigues Amim, o *best interest* com sua relevância reconhecida, foi acolhido pela Declaração dos Direitos da Criança em 1959, e por isso já estava presente no artigo 5º do Código de Menores, no entanto era sob a custódia da doutrina da situação irregular, limitando-se a sua aplicação a crianças e adolescentes em situação irregular.⁵⁰

Com efeito, outrora, esse princípio acobertava decisões autoritárias que ignoravam e contrariavam os direitos infanto-juvenis perante a alegação de preservar os interesses da criança e do adolescente. Entretanto, na realidade, era um mecanismo de controle e disciplina desses jovens, prevalecendo o interesse dos adultos, que sob esse pretexto, formavam entidades assistenciais e tutelares (FUNABEM e FEBEM) que reprimiam o desenvolvimento saudável dessas crianças e adolescentes.

Atualmente, todavia, conforme elucidam as autoras Vieira e Veronese, pode se identificar no princípio uma norma cogente que cumpre sua função finalística de avaliar se as soluções propostas pelos administradores, juízes e pais são as melhores para assegurar o desfrute pleno e efetivo de todos os direitos e garantias da criança e do adolescente, dentro da perspectiva de que essa criança e esse adolescente é um ser autônomo, em processo de desenvolvimento.⁵¹

Destarte, por ter se inserido o Princípio do Melhor Interesse na Doutrina da Proteção Integral, ocorreu uma mudança de paradigma no referido

⁴⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática.** 2008. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁵⁰ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

⁵¹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136.

princípio, ampliando sua aplicação para todas as crianças e adolescentes e não se justificando mais uma postura autoritária e discricionária, mas de garantia de concreção e realização de direitos fundamentais.

No entanto, ainda existem decisões proferidas pelos Tribunais que afirmam estar amparadas no melhor interesse da criança e do adolescente. Todavia, não apresentam qualquer argumento adicional que demonstre que o princípio está, de fato, implícito à decisão adotada, o que acaba, em muitos casos, por contribuir para a desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio, em prejuízo de sua maior eficácia e efetividade.⁵²

Andréa Rodrigues Amim discorre no livro *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos* que:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens.

Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não “o pai, a mãe, os avós, tios etc.”. [...]

Indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.

Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest* ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse. Segundo Canotilho *os princípios, ao constituírem “exigências de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de “conflito entre princípios”, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados.*

⁵² VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 137.

Princípio do melhor interesse é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.⁵³

De fato, o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente deve ser compreendido como um princípio orientador, tanto para os juristas como para os legisladores, para, dessa forma, optarem pela deliberação que melhor atende aos interesses infantoadolescentes, uma vez que são as crianças e os adolescentes os destinatários da Doutrina da Proteção Integral e da prioridade absoluta de direitos e do melhor interesse.

⁵³ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56.

3. O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

3.1 Aspectos gerais da Lei

A lei n. 13.257 de 8 de março de 2016, mais conhecida como o Marco Legal da Primeira Infância, representa a consolidação da Doutrina da Proteção Integral das crianças, aqui compreendidas entre zero a seis anos de idade.⁵⁴

Como já explicado nos capítulos anteriores, tal Doutrina é adotada no ordenamento jurídico pátrio, em concordância com o artigo 227 da Constituição da República e da Convenção de Direitos da criança, ratificada pelo Brasil e incorporada por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, além do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo a autora Katia Maciel, o primeiro argumento para a elaboração de uma lei especial para a primeira infância diz respeito à valorização da família nuclear, muitas vezes monoparental, e à maior inserção da mulher nos vários campos da atividade econômica, social, cultural e política, que carece de apoio do Estado para auxiliá-la no cuidado e educação de seus filhos pequenos. O segundo argumento refere-se à efetivação da justiça social, pois enquanto algumas crianças, por disporem de condições econômicas favoráveis, têm um ambiente estimulante de desenvolvimento na família e em instituições, outras são excluídas, acentuando-se e agravando-se as diferenças de desenvolvimento e aprendizagem.⁵⁵

Cláudia Maria Carvalho do Amaral Vieira explica, no livro *Direito da Criança e do Adolescente. Novo curso – Novos temas*, que o Marco Legal da Primeira Infância é resultado de movimentos iniciados a partir dos anos 2000 no Brasil:

⁵⁴ Conforme interpretação literal do artigo 2º da referida lei, o período denominado como primeira infância compreende a data do nascimento da criança até os 6 (seis) anos completos, ou seja, 0 (zero) até 72 (setenta e dois) meses de vida do infante.

⁵⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017..

Vale lembrar que o Marco Legal da Primeira Infância é ainda resultado de um movimento extremamente atuante em prol da Primeira Infância, iniciado a partir dos anos 2000 no País. Em 2006 foi criada a Rede Nacional da Primeira Infância, de composição múltipla, agregando representantes de todos os segmentos da sociedade brasileira.

A partir dessa rede é que começa a construção de uma proposta de políticas específicas para esse segmento, que resultou no Plano Nacional pela Primeira Infância (PNPI), aprovado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em 2010. Tal documento serviu para aglutinar setores da sociedade em torno da importância de se regular os direitos específicos dessa faixa etária, traduzindo o avanço das pesquisas científicas numa linguagem mais palpável para gestores e a sociedade como um todo.

Uma vasta e profunda produção de textos a respeito se produziu, ao longo das discussões ocorridas na Câmara dos Deputados para a apreciação do Projeto de Lei n. 6.998, de 2013, de autoria do Deputado Osmar Terra e outros parlamentares, que alterava o Estatuto da Criança e do Adolescente para dispor sobre a primeira infância.

Audiências públicas, seminários regionais, reuniões técnicas, contribuições da sociedade civil, do governo, de especialistas, das universidades e contribuições apresentadas por parlamentares foram responsáveis pela construção da nova lei que estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas voltadas ao cuidado integral e integrado de crianças desde a concepção até os seis anos de idade, em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.⁵⁶

Isto é, decorrente do Projeto de Lei n. 6.998/2013 e do Projeto de Lei da Câmara n. 14/2015, o Marco Legal da Primeira infância tem como objetivo estabelecer maior sintonia entre a legislação e o significado do período da existência humana que vai do início da gestação até o sexto ano de vida, pretendendo responder à relevância dos primeiros anos na formação humana, na constituição do sujeito e na construção das estruturas afetivas, sociais e cognitivas que dão sustentação a toda a vida posterior da pessoa.⁵⁷

Dessa maneira, a Lei n. 13.257/2016 estabelece e consolida uma série de direitos das crianças de zero a seis anos completos. A existência de políticas públicas voltadas exclusivamente a essa faixa etária se reveste de grande importância por ser esse o período da vida em que o ser humano

⁵⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry (Coord). **Direito da criança e do adolescente**: Novo curso - Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 537/538.

⁵⁷ CRUZ, Elisa. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral. p.16

apresenta as condições ideais para o desenvolvimento de inúmeras habilidades, com reflexos na vida adulta.⁵⁸

Outrossim, diversas evidências científicas demonstram que os investimentos em políticas públicas para a primeira infância são os mais eficazes e os que trazem mais retorno, pois repercutem em todos os anos posteriores, influenciando na vida escolar, no trabalho, e em outros aspectos socioeconômicos.⁵⁹

Isto posto, o Estado deve estar ciente de que utilizar recursos com a primeira infância, com a criança e com o adolescente de um modo geral, não se trata de um gasto, mas sim de investimento, pois, quanto maior o enfoque em políticas públicas, familiares e projetos educacionais, menores são as chances de a criança se tornar um infrator, um indigente e até de contrair alguns tipos de doenças, o que reduz sobremaneira o gasto público futuro para cuidar dessas questões.⁶⁰

Os primeiros dispositivos da Lei visam, principalmente, assinalar sua essência ideológica, bem como determinar as normas de divisão das competências administrativa, legislativa e orçamentária entre os entes federativos.

O artigo 4º do diploma se preocupa em assegurar o cumprimento do Princípio do Interesse Superior da criança e da participação da criança como cidadã na formulação de políticas e ações que lhe dizem respeito, afirmando que “esta voz” se dará através da escuta por profissional qualificado em formas de expressão infantil:

Art. 4o As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

⁵⁸ BASAGLIA, Cristiano (Coord.). Marco Legal da Primeira Infância - Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral. p. 19

⁵⁹ **Novo marco legal consolida avanços significativos para a primeira infância brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://primeirainfancia.org.br/novo-marco-legal-consolida-avancos-significativos-para-a-primeira-infancia-brasileira/>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁶⁰ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 17, n. 98, jun/jul, 2016. Bimestral. p. 14

I - atender ao **interesse superior da criança** e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;

VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;

VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;

IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil. (grifou-se)

Esta regra é uma consagração do art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança, que estabelece que a criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos tem o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a si relacionados, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade, sendo ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.⁶¹

Cumprido adicionar, ainda, que o artigo 4º da Lei n. 13.257/2016 está em consonância com o princípio da manifestação e participação da criança,

⁶¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal- Kátia Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 100, parágrafo único, inciso XII.^{62_63}

No artigo 5º destacam-se as áreas prioritárias para políticas públicas da primeira infância, além daquelas elencadas no artigo 227 da CF, como por exemplo a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Já no artigo 6º é criada a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância que será formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articulem as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância.

Também por força da nova Lei, segundo o artigo 7º, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, nos respectivos âmbitos, comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância com a finalidade de assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos.

Ainda, a União deverá buscar a adesão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores, consoante o parágrafo único do artigo 8º.

⁶² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal- Kátia Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁶³ ECA, Art. 100, parágrafo único, inciso XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

Do mesmo modo, o diploma prevê a qualificação dos profissionais voltados para o atendimento desta faixa etária, de acordo com o preceituado pelos artigos 9º e 10º:

Art. 9º As políticas para a primeira infância serão articuladas com as instituições de formação profissional, visando à adequação dos cursos às características e necessidades das crianças e à formação de profissionais qualificados, para possibilitar a expansão com qualidade dos diversos serviços.

Art. 10. Os profissionais que atuam nos diferentes ambientes de execução das políticas e programas destinados à criança na primeira infância terão acesso garantido e prioritário à qualificação, sob a forma de especialização e atualização, em programas que contemplem, entre outros temas, a especificidade da primeira infância, a estratégia da intersetorialidade na promoção do desenvolvimento integral e a prevenção e a proteção contra toda forma de violência contra a criança.

O apoio às famílias vulneráveis também teve especial consideração na redação do artigo 14:

Art. 14. As políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis, buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança.

§ 1º Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade.

§ 2º As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente 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, terão prioridade nas políticas sociais públicas.

§ 3º As gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, nos termos da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância.

§ 4º A oferta de programas e de ações de visita domiciliar e de outras modalidades que estimulem o desenvolvimento integral na primeira infância será considerada estratégia de atuação sempre que respaldada pelas políticas públicas sociais e avaliada pela equipe profissional responsável.

§ 5º Os programas de visita domiciliar voltados ao cuidado e educação na primeira infância deverão contar com profissionais

qualificados, apoiados por medidas que assegurem sua permanência e formação continuada.

Outrossim, de maneira totalmente inovadora, o disposto no artigo 15 da novel lei, estabelece que as políticas públicas criem condições e meios para que, desde a primeira infância, a criança tenha acesso à produção cultural e seja reconhecida como produtora de cultura.⁶⁴

Entretanto, a efetuação dos fundamentos e diretrizes da Lei surgem realmente a partir de seu artigo 18, quando se inserem dispositivos de alteração da redação de artigos, ou inclusão de novos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Consolidação das Leis Trabalhistas e no Código de Processo Penal.

3.1.1 Principais alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Várias alterações foram pontualmente efetuadas no Estatuto da Criança e do Adolescente nos seguintes dispositivos: art. 3º parágrafo único; art. 8º e seus parágrafos; art. 9º, §§1 e 2º; art. 11 e §§§1º, 2º e 3º; art. 12; art. 13, §§1º e 2º; art. 14, §2º 3º e 4º, art. 19, §3º; art. 22, parágrafo único; art. 23, §1º; art. 34, §§3º e 4º, inciso II do art. 87; art. 88, incisos VIII, IX e X; arts. 92, 101, inciso IV; art. 102, §§ 5º e 6º; art. 129, I; §§1º-A e 2º do art. 260; 265-A.

Das modificações feitas, destacam-se o aperfeiçoamento da redação do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos direitos de todos os menores de idade, apesar de ser uma lei voltada para a primeira infância, acrescentou ao artigo 3º, parágrafo único, da Lei n. 8.069/1990, a seguinte redação: *Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.*

⁶⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

Esta regra deixa claro que o Estatuto Infantoadolescente não se destina somente a crianças e adolescentes em situação de risco ou vulnerabilidade, mas a todas as pessoas até 18 anos incompletos. Portanto, o sistema de garantia de direitos e a rede protetiva devem tutelar toda a população Infantoadolescente, não importando a sua condição familiar e social.⁶⁵

Segunda Elisa Cruz⁶⁶, outro destaque é a inserção em texto legal de políticas de saúde que se encontravam normatizadas no âmbito infralegal pelo Ministério da Saúde e Secretarias de Saúde, como a instrução a gestantes e mães sobre o aleitamento materno, alimentação infantil, crescimento e desenvolvimento. Além do mais, esses direitos estão assegurados de forma expressa também às mulheres em privação de liberdade. Salienta o artigo 19 do Marco Legal da Primeira Infância:

Art. 19. O art. 8º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e 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 no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

.....
§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-Katia%20Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁶⁶ CRUZ, Elisa. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral. p.17

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

§ 10. 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.”

Outra inovação que se sobressai é a alteração do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual recebeu uma redação mais ampla, ao excluir a expressão “ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecentes”. Assim, retira a situação de rua ou drogadição como causa impeditiva ao exercício da maternidade ou da paternidade, fortalecendo o preceito de que o critério a ser analisado, para restringir ou impedir o direito à convivência com a família natural, é o da capacidade de exercício dos deveres parentais de cuidado.⁶⁷

Mais uma modificação que chama a atenção é a inclusão dos parágrafos 5º e 6º do artigo 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais visam favorecer a regularização dos registros de nascimento. Esses dois novos parágrafos asseguram que os registros e certidões necessários à inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade e que são gratuitas, a qualquer tempo, a averbação requerida do reconhecimento de paternidade no assento de nascimento e a certidão correspondente.

⁶⁷ CRUZ, Elisa. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral. p.17

Como se observa, embora as reformas tenham surgido com o advento do Marco Legal da Primeira Infância, as disposições dessas regras no Estatuto da Criança e do Adolescente perpetram a sua aplicação a toda e qualquer criança e adolescente, de modo a ampliar sua eficácia.

3.1.2 As alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas

A modificação ocorrida na CLT foi a implementação de licença de dois dias aos pais para acompanharem consultas médicas e exames complementares da esposa ou companheira grávida e de um dia por ano para acompanhar o filho de até seis anos em consulta média:

Art. 37. O art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos X e XI:

“Art. 473.

X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira;

XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.”

Por óbvio, o benefício da licença de dois dias para acompanhamento da gestante pode ser usufruído a qualquer momento durante o período de gravidez.

Outra mudança decorrente do Marco Legal da Primeira infância foi o aperfeiçoamento da Lei n. 11.770/2008, que institui a adesão ao Programa Empresa Cidadã. Apesar de não ser uma reforma propriamente na CLT, trata-se de um direito trabalhista, por essa razão é pertinente mencionar nesse tópico.

Conforme discorre Vieira, a alteração foi a prorrogação de 60 dias a duração da licença maternidade prevista no inciso XVIII do caput do artigo 7º da Constituição Federal e a licença paternidade de 15 dias, além dos 5 dias estabelecidos no §1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inclusive para o caso de o empregado adotar uma criança ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção.⁶⁸ A extensão do benefício só

⁶⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry (Coord). **Direito da criança e do adolescente: Novo curso** - Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 552

existia para funcionários públicos. O Programa permite que a empresa deduza de impostos federais o total da remuneração integral do funcionário. A empresa que adere ao Programa pode abater do Imposto de Renda devido valores dos dois salários extras. Este direito, em boa hora, foi estabelecido em prol dos filhos, deixando-se de lado a cultura machista de que a prole, especialmente os recém-natos, deve ser cuidada exclusivamente pela genitora.⁶⁹

Todavia, a modificação poderia ter sido mais expressiva, se o aumento do prazo de licença paternidade não estivesse condicionado à adesão do empregador ao Programa Empresa Cidadã. Perdeu a Lei a oportunidade de se alinhar às doutrinas que já reconhecem os benefícios da convivência entre pais e filhos e a melhoria no desenvolvimento destes a partir do fortalecimento dos vínculos.⁷⁰

3.1.3 As alterações no Código de Processo Penal

A compreensão quanto à importância do convívio entre pais e filhos aparece com mais força, talvez, nas alterações promovidas no Código de Processo Penal.⁷¹

A Lei n. 13.257/2016 deu nova redação aos artigos 6º, 185, 304 e 318 do Código de Processo Penal.

Os três primeiros artigos, de um modo geral, dizem respeito à qualificação do indiciado no inquérito policial, acusado no processo judicial e autuado no auto de prisão em flagrante.

O Marco Legal da Primeira Infância acrescentou a obrigação das autoridades de averiguar e colher informações sobre a existência de filhos menores de idade ou deficientes das pessoas presas.

⁶⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁷⁰ CRUZ, Elisa. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral. p.17

⁷¹ VERONESE, Josiane Rose Petry (Coord). **Direito da criança e do adolescente**: Novo curso - Novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 552

O artigo 6º do Código de Processo Penal traz uma série de providências que deverão ser tomadas pela autoridade policial, o Delegado de Polícia, logo após de ele ter conhecimento da prática da infração penal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

X - colher informações 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. (Incluído pela Lei nº 13.257/2016, grifou-se)

O artigo 304 do Código de Processo Penal, que trata sobre a prisão em flagrante, de igual jeito foi modificado para que esta informação colhida pelo Delegado conste expressamente do auto:

Art. 304 (...)

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação 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. (Incluído pela Lei nº 13.257/2016, grifou-se)

Tal prática é de vital relevância para a preservação dos menores que têm seus pais ou guardiões detidos. Fundamental que sejam imediatamente acolhidos pelas autoridades, as quais são responsáveis por averiguar quem poderá ser responsabilizado por essas crianças e dar imediato encaminhamento para minimizar as trágicas consequências psicológicas daquele que se vê destituído da figura materna ou paterna. Não raro esse rompimento é traumático, pois são comuns as abordagens policiais de exacerbada truculência em casas onde residem famílias com filhos de terra idade. De sorte, que os esforços devem ser para evitar a todo custo um sofrimento demasiado que possa causar prejuízos irreparáveis.⁷²

Ainda, de acordo com a nova redação do artigo 185 do Código de Processo Penal, o magistrado tem a obrigação de, durante o interrogatório judicial, averiguar se o réu possui filhos e quem está responsável por seus cuidados:

⁷² MASI, Carlo Velho. **O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos.** 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Art. 185 (...) § 10. **Do interrogatório deverá constar a informação 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.** (Incluído pela Lei nº 13.257/2016, grifou-se)

Certamente estas informações coletadas devem ser enviadas para a equipe psicossocial do sistema prisional e para o Ministério Público, a fim de que sejam adotadas medidas de proteção acerca da prole do preso, cuidando para que esta tenha um responsável e, se possível, matenha convivência familiar com o genitor.⁷³

A alteração legislativa mais sensível, no entanto, corresponde ao acréscimo das causas que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, previstas no artigo 318 do Código Processual Penal.

Antes de adentrar propriamente nas modificações do artigo 318, cumpre explicar, resumidamente, que prisão domiciliar como medida cautelar é um instituto ainda novo no ordenamento jurídico brasileiro, embora esse tipo de prisão já seja conhecido na fase de execução da pena pelo artigo 117 da Lei n. 7.210/1984.

A prisão domiciliar do artigo 117, da Lei de Execução Penal, substitui o cumprimento da pena em casa de albergado (regime aberto) e tem natureza de prisão-pena. É cabível para condenados maiores de 70 anos; condenados acometidos de doença grave; condenadas com filho menor de idade ou deficientes e condenadas gestantes:⁷⁴

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

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

⁷³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-Katia%20Maciel.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁷⁴ COSTA, Gustavo D' Assunção. **As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar prevista no artigo 117, da Lei de Execuções Penais, e sua aplicabilidade à prisão domiciliar do artigo 317, do Código de Processo Penal**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44261&seo=1>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Além das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, é importante salientar que é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado, como por exemplo o semiaberto, configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.⁷⁵

Por outro lado, a prisão domiciliar do artigo 317 e seguintes do Código de Processo Penal “substitui” a prisão preventiva e tem natureza de medida cautelar.

Renato Brasileiro de Lima fala que foi por meio de mudanças produzidas pela Lei n. 12.403/11 que o Capítulo IV do Título IX do Livro I do Código de Processo Penal passou a dispor sobre a prisão domiciliar.⁷⁶

Lima discorre que considerando certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, ao permitir que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência.⁷⁷

Elucida, ademais, que nada diz a lei quanto à natureza do crime como requisito para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Segundo ele o benefício sob comento é aplicável a qualquer espécie de infração penal, tendo ou não natureza hedionda, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos alternativos do art. 318 do CPP.⁷⁸

Explica, também, o autor, que a prisão domiciliar foi inserida em tópico diverso daquele pertinente às medidas cautelares diversas da prisão (Capítulo V, arts. 319 e 320). De acordo com ele, isso significa que a prisão

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1022

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1021

⁷⁷ Idem

⁷⁸ Idem

domiciliar é considerada pelo legislador como uma forma de prisão preventiva domiciliar e não como medida cautelar alternativa à prisão. Portanto, a prisão domiciliar não foi criada, em princípio, com a finalidade de impedir a decretação da prisão preventiva, mas justamente de substituí-la, por questões humanitárias e excepcionais, previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.⁷⁹

Dessa forma, da constatação de que a prisão domiciliar funciona como uma espécie de prisão preventiva, decorrem importantes consequências, como por exemplo, a possibilidade do uso de *habeas corpus* e a necessidade de ser limitada no tempo, de acordo com um prazo razoável.⁸⁰

O Marco Legal da Primeira Infância, visando a Proteção Integral e o Melhor Interesse das crianças que possuem seus pais detidos, alterou e acrescentou incisos no artigo 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

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

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

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

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

O inciso IV do artigo 318 do CPP, anteriormente, previa a possibilidade de prisão domiciliar para a gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Agora, é cabível a conversão para qualquer gestante, independente do estágio de gravidez. Ora, trata-se, sem sombra de dúvida, de um grande e louvável avanço para a mulher encarcerada

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1022

⁸⁰ Idem

grávida, resguardando sua dignidade e especialmente a integridade do nascituro.

Não pode o Juiz ficar adstrito ao elevado risco da gravidez ou a uma determinada fase para só em casos tão restritos conceder a prisão domiciliar. Inúmeros casos podem demandar essa aplicação, sendo a mais evidente de todas, conforme discorrem Vieira e Veronese no livro *Crianças Encarceradas*⁸¹, as precárias condições do sistema carcerário brasileiro, de modo que pouquíssimos estabelecimentos prisionais estão aptos a acolher mulheres grávidas e dar a assistência humanitária e sanitária de que necessitam e de que não se pode abrir mão em hipótese alguma, por piores que tenham sido os crimes dos quais estejam sendo acusadas.

As duas hipóteses novas de cabimento da prisão domiciliar são os incisos V e VI do art. 318 do CPP, os quais determinam essa modalidade para mulheres com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou para homens, no caso que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Por conseguinte, a lei não se destina apenas à proteção da mulher gestante ou com filho na primeira infância, mas nomeadamente da criança, que é o ser mais prejudicado com o afastamento do convívio com os pais presos. A lei reconhece que mulheres e homens podem ser indispensáveis aos cuidados de crianças e dá margem ao juiz criminal para que analise o caso concreto e possibilite que o infante não perca imediatamente a possibilidade de convivência com o genitor.⁸²

Outro item levantado por Rômulo de Andrade Moreira, no artigo denominado *A nova Lei nº 13.257/2016 Ampliou a Possibilidade da Prisão Domiciliar e Deve Ser Aplicada Imediatamente*, é de que o artigo 318 tem

⁸¹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

⁸² MASI, Carlo Velho. **O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

caráter processual substancialmente material⁸³, porque trata de um direito fundamental do cidadão, que é o direito de liberdade, materialmente assegurado pelo art. 5º, LXVI, da Constituição Federal. Desta maneira, atrai a regra de direito intertemporal penal, e não processual, ou seja, é passível de aplicação retroativa. Isto é, segundo o autor, a partir de agora, é preciso que os Juízes e Tribunais revejam todos os casos em que réus ou indiciados estão presos provisoriamente e estejam em uma das situações indicadas nos três últimos incisos do art. 318 modificados, devendo fazer de ofício.⁸⁴

3.2 A Proteção Integral dos Filhos dos Presos

Viera e Veronese elucidam que com as alterações ocorridas no Código de Processo Penal, decorrentes do Marco Legal da Primeira Infância, o legislador avançou no que tange à efetivação da Doutrina da Proteção Integral, uma vez que se busca com as alterações já mencionadas a proteção da criança e a manutenção de seu vínculo com a mãe dentro do lar, e não dentro dos presídios. Ainda, a lei também trouxe a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 anos de idade, o que demonstra a preocupação e o foco que se teve na proteção da criança.⁸⁵

Todavia, expande as discussões sobre o conflito existente entre o direito à convivência familiar de crianças filhas de genitores encarcerados e o direito de punir do Estado.

Em especial, em relação ao desenvolvimento junto à mãe. Isso porque, de acordo com as autoras Viera e Veronese, a realidade prisional brasileira é um ambiente em que sequer as mulheres ali encarceradas são

⁸³ Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista.

⁸⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei nº 13.257/2016 Ampliou a Possibilidade da Prisão Domiciliar e Deve Ser Aplicada Imediatamente. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 17, n. 98, jun/jul, 2016. Bimestral. p. 11

⁸⁵ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 228

tratadas como sujeitos de direitos fundamentais, ou seja uma criança ali “presa” com a sua mãe não teria melhor sorte, violando descaradamente a Proteção Integral acolhida pelo texto constitucional e infraconstitucional.⁸⁶

Dessa forma, entende-se que o desenvolvimento da criança deve se dar fora das grades das penitenciárias femininas, uma vez que a criança institucionalizada acaba por não viver um ciclo diário familiar, sendo privada de estabelecer vínculos de interação social contínuo com outros adultos e crianças, o que leva a reflexão que crescer em um ambiente em condições insatisfatórias acabaria por prejudicar o desenvolvimento sadio dos mesmos.⁸⁷

Todavia, há de se considerar que a presença da mãe é fundamental para o desenvolvimento saudável de uma criança, sobretudo no período da primeira infância.

Como já mencionado nesta monografia, nessa faixa etária ocorre a maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano, sabe-se que as experiências vivenciadas neste período servem como base para a formação da personalidade do indivíduo. Dessa maneira, quando a criança de alguma forma é privada do convívio familiar, aspectos importantes na construção de sua personalidade são afetados.⁸⁸

Diante disto, manter o vínculo mãe-filho no período inicial de vida é de extrema importância. Acredita-se, além do mais, que a ruptura daquele sugere prejuízos significativos, os quais comprometem a posterior vida adulta.

Assim, existindo a premissa de que a genitora está segregada em decorrência de algum delito, resta evidente a existência de um conflito entre o

⁸⁶ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 76

⁸⁷ SILVA, Bruno César da. **A prisão domiciliar como a melhor forma de garantir os direitos dos filhos de mães presas no período da primeira infância**. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudos/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁸ Idem

direito do Estado de punir aquele que comete um crime e o direito de uma criança se desenvolver durante sua primeira infância ao lado da mãe.⁸⁹

Bruno César da Silva discorre que existe um grande estigma enfrentado por estas mulheres que são segregadas, pois o abandono das mesmas por parte de seus familiares e companheiros é costumeiro. O autor cita ainda um relatório da Organização das Nações Unidas, o qual aponta as dificuldades de convivência entre mães encarceradas e filhos, tais como: a distância entre as prisões em que as mulheres permanecem reclusas e o local da residência familiar, o que dificulta o contato com os filhos e aumenta a possibilidade de abandono da família; o sentimento de abandono que atinge repentinamente os infantes que são separados de suas genitoras, por não receberem nenhuma informação sobre o seu paradeiro; a dificuldade do contato físico entre mães e filhos, em virtude de algumas instituições submeterem as crianças a revistas humilhantes, diminuindo o tempo para as visitas e limitando o convívio por paredes de vidro.⁹⁰

Destarte, consoante Vieira e Veronese, a ONU sensível a estas questões elaborou as Regras de Bangkok, as quais apontam a necessidade de se encontrar soluções que evitem o encarceramento de mulheres em decorrência de sua situação específica, estipulam que a aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser a norma, devendo ser mantida segregada a mulher somente quando pratica crime grave e violento.⁹¹

A regra de n. 64 da supracitada resolução evidencia a intenção de não se aplicar a segregação às mulheres grávidas ou com filhos dependentes:

Regra 64

Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave

⁸⁹ Idem

⁹⁰ SILVA, Bruno César da. **A prisão domiciliar como a melhor forma de garantir os direitos dos filhos de mães presas no período da primeira infância**. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹¹ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 68

ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, **sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos** e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado. (grifei)

Nesse contexto, reitera-se que a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta à infância ocupam uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o direito da criança à convivência familiar e ao desenvolvimento saudável, deve-se aplicar a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da criança.

Imperioso destacar que não se trata de perdão ou abolicionismo penal, mas de aplicação da sanção criminal ou medida cautelar em consonância com a necessidade de se garantir direitos às crianças que não praticaram qualquer crime.⁹²

Assim, o Marco Legal da Primeira Infância é lei que 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 segregação.

Dessa forma, nota-se que o legislador brasileiro já possui a consciência de que a mãe de crianças na primeira infância e as mulheres grávidas não devem permanecer no cárcere, tendo direito à prisão domiciliar. Contudo, infelizmente o novo diploma legal não abarcou expressamente a questão das mães em cumprimento de pena e a possibilidade de substituição do regime prisional.⁹³

Entretanto, conforme apontam Cláudia Maria Carvalho do Amaral Vieira e Josiane Rose Petry Veronese:

No Sistema de Justiça Criminal, que envolve não só a fase de conhecimento como também a fase da execução penal, a ampliação do recorte da realidade submetido à apreciação do Poder Judiciário

⁹² SILVA, Bruno César da. **A prisão domiciliar como a melhor forma de garantir os direitos dos filhos de mães presas no período da primeira infância**. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹³ Idem

para nele incluir fatos e informações que possibilitem um provimento jurisdicional em que se vejam respeitados os direitos da criança que está sob a responsabilidade da mulher, cuja conduta criminosa foi passível de encarceramento, se faz necessária.

Essa perspectiva mais ampla somente será possível a partir de um enfoque da Justiça Criminal para com o encarceramento da mulher como algo que poderá impactar profundamente a vida da criança que poderá vir a nascer ou viver com ela dentro do cárcere, colocando a proteção aos seus direitos à prova.

Trata-se de buscar uma mudança em que a lógica do aprisionamento da mulher a qualquer preço se submeta a uma análise profunda de todas as implicações que aquele aprisionamento poderá levar no tocante à Proteção Integral da criança, que com o aprisionamento materno terá a sua vida profundamente impactada.

Deve-se, assim, recorrer às possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico brasileiro para que a pena privativa de liberdade seja afastada, mesmo que momentaneamente, em favor de outras formas de punição.⁹⁴ (grifou-se)

Portanto, diante da necessidade de que toda norma seja interpretada de acordo com a Constituição e com os Tratados Internacionais, o artigo 318 do CPP, juntamente com todo o ideal posto pelo Marco Legal da Primeira Infância, deve ser visto como autorizador para aplicação do regime domiciliar, não apenas para o caso de prisão cautelar, mas também para as prisões definitivas, substituindo qualquer tipo de regime de pena (aberto, semiaberto ou fechado), em clara preponderância da Doutrina da Proteção Integral (art. 227 da Constituição Federal) e do ordenamento internacional (regra 64 das Regras de Bangkok).

Desta forma, a Proteção Integral da criança seria alcançada por meio da aplicação do instituto da prisão domiciliar para a genitora, seja como medida cautelar, seja como pena.

3.3 Jurisprudência sobre o assunto:

A possibilidade da prisão domiciliar para mulheres que possuem filhos menores que doze anos ou que estão grávidas, e para homens que são os únicos responsáveis de seus filhos menores que doze anos, vem ganhando espaço aos poucos, ao passo que alguns Magistrados do país já reconhecem esse direito, em face dos prejuízos causados às crianças.

⁹⁴ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 290/291.

O Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, deferiu a liminar do Habeas Corpus n. 351.494, oriundo de São Paulo, para a substituição da prisão preventiva decretada contra a acusada em prisão domiciliar, imediatamente após a aprovação da Lei da Primeira Infância.

A paciente havia sido presa, preventivamente, acusada pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, não tendo sido levado em consideração o fato de ser ré primária e portadora de bons antecedentes, mãe de um filho de dois anos e, ainda, gestante. Em sua decisão o Ministro destacou:

[...] impõe-se destacar a entrada em vigor, no dia 9/3/2016, da Lei n. 13.257/2016, a qual estabelece conjunto de ações prioritárias que devem ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), concordância com o Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] ⁹⁵

Para ele, a lei buscou garantir o desenvolvimento infantil integral com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância”, efetivando a Doutrina da Proteção Integral prevista na Constituição Federal e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, tem -se a decisão do Juiz de Direito João Marcus Buch, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, que nos autos da execução criminal n. 0002363-46.2013.8.24.0038, concedeu para uma presa condenada à dezesseis anos em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico, o direito de cumprir sua reprimenda em prisão domiciliar, levando-se em consideração o Marco Legal da Primeira Infância e que a reclusa é mãe de quatro filhos, sendo três menores de doze anos. Destaca-se da decisão:

[...] Este Juízo tem a compreensão de que problemas sociais, comportamentais e de segurança pública são muito mais complexos, tanto que leis penais de emergência, recrudescedoras das penas, nunca conseguirão resolver. Porém, no caso deste novo dispositivo, com outro viés, veio a legislação na esteira das Regras de Bangkok, mais abaixo detalhadas, sobre o tratamento de mulheres presas, que

⁹⁵ VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 228

complementam as regras mínimas para tratamento de reclusos. Sem confundir a situação da mulher encarcerada com segurança pública, o objetivo desse ordenamento é levar o estado a olhar a questão de gênero, sem discriminações. Muitas das mulheres presas, assim o estão por tráfico e associação para o tráfico, como resultado em boa parte do histórico de violência familiar, abandono material na maternidade e uso de drogas.

[...]

Nada obstante, o que importa é que se antes a previsão de prisão domiciliar era apenas para reeducandos em cumprimento de pena em regime aberto (art.117, da LEP), agora é possível para os presos provisórios e por óbvio também a todos os demais presos, independentemente do regime, com requisitos como se vê mais flexíveis.

[...]

Frise-se não ser viável que as crianças sejam alocadas com a mãe no Presídio Regional de Joinville, visto que o local não tem espaço adequado e é desprovido de condição sanitária satisfatória. Portanto, o único caminho a seguir é o da concessão da prisão domiciliar, haja vista a **indiscutível e notória** nocividade da privação do contato das crianças com a mãe. [...]

Inconformado com a decisão do Magistrado de Joinville, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de agravo, sustentando que a prisão domiciliar, quando versa sobre pessoa condenada, somente abarca apenados que se encontrem no regime aberto e que a existência de prole não pode ensejar a soltura da condenada, sob o risco de configurar um salvo-conduto a todos os condenados que tenham filhos.

Entretanto, apesar da oposição do MPSC, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina manteve a decisão do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, indeferindo o recurso:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEFERE PRISÃO DOMICILIAR A REEDUCANDA QUE RESGATA SUA PENA EM REGIME FECHADO PARA QUE ESTA POSSA CUIDAR DE SEUS QUATRO FILHOS, ENTRE OS QUAIS TRÊS SÃO MENORES DE DOZE ANOS DE IDADE. INCONFORMISMO DO ENTE MINISTERIAL. IMPERTINÊNCIA DA INSURGÊNCIA. AGRAVADA QUE, EMBORA REINCIDENTE, COMETEU CRIMES QUE NÃO ENVOLVEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTRA AS VÍTIMAS. BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO DA AGRAVADA. DESENVOLVIMENTO PELA AGRAVADA DE TRABALHOS, ESTUDOS E CURSOS DURANTE O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PRESENÇA DE RELATÓRIO DE ESTUDO SOCIAL A INDICAR A NECESSIDADE DE QUE OS MENORES SEJAM COLOCADOS EM CONVÍVIO CONSTANTE COM A MÃE, MORMENTE ANTE A DIFICULDADE DE GUARDA POR OUTROS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE NOTÍCIAS DE QUE A AGRAVADA DESCUMPRIU AS CONDIÇÕES IMPOSTAS NA ORIGEM DESDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. DECISUM EMBASADO EM DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DAS LEIS 7.210/84

E 8.069/90 E DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM DESTAQUE PARA O INCISO V DO ART. 318 DO DIGESTO PROCESSUAL PENAL, CUJA REDAÇÃO FOI INCLUÍDA PELA RECENTE LEI N. 13.257/16. DESNECESSIDADE DE REFORMA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0005174-71.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 22-09-2016).

Outra decisão que merece destaque é a do Ministro Reynado Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, que apesar de não conhecer o *Habeas Corpus* n.358.080 do DF (Quinta Turma, julgado em 28/04/2017), concedeu de ofício a prisão domiciliar para a acusada.

A paciente havia sido presa, preventivamente, acusada pelo cometimento do crime de roubo circunstanciado. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal tinha denegado a ordem sob a justificativa da necessidade de garantir a ordem pública, não considerando o fato de ser ré primária, possuir 19 anos e ser mãe de um filho de apenas cinco meses.

Destaca-se da decisão do Ministro do STJ:

[...] No caso concreto, observo que, não obstante a gravidade da conduta e a posterior condenação, a paciente tem apenas 19 anos, é primária, não tendo sido mencionado histórico de atos infracionais ou que responda a outros processos criminais, ao contrário dos corréus, tendo permanecido em liberdade durante o curso da ação penal por força da liminar concedida no presente *mandamus* sem notícia de qualquer embaraço ou descumprimento das condições da prisão domiciliar.

Nesse contexto, entendo que é o caso de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho da paciente, cuja tenra idade pressupõe a necessidade de acompanhamento pela mãe, substituindo a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal, de maneira a proporcionar um mínimo de desenvolvimento saudável na primeira infância

[...]

Nessa linha de raciocínio, a Lei n. 13.257/2016 (marco legal da Documento: 1584886 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 04/04/2017 Página 1 3 de 16 Superior Tribunal de Justiça primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros.

Segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança e do adolescente no Brasil e implica considerá-los sujeitos de direito a uma proteção prioritária e sistêmica. *A posição jurídica da criança e do adolescente no direito brasileiro foi, assim, redimensionada pela Doutrina de Proteção Integral, garantindo-lhes uma proteção normativa com características e principiologia próprias, que, entretanto, dialoga com outros saberes,*

numa perspectiva interdisciplinar (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceradas** - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015, p. 116).

Ante o exposto, **não conheço** do *mandamus*, mas **concedo a ordem de ofício**, confirmando a liminar, para substituir a prisão preventiva de [...] pela prisão domiciliar.

Para o Ministro Reynaldo, é fundamental resguardar fisicamente e emocionalmente o filho da acusada de acordo com a Doutrina da Proteção Integral e, tendo em vista a idade do infante, apenas cinco meses de vida, e que o artigo 318 do CPP autoriza a prisão domiciliar para mães com filhos menores do que doze anos, necessário se fez conceder a ordem de ofício.

Segue a ementa do Acordão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. LIMINAR CONCEDIDA. CUIDADOS MATERNS NA PRIMEIRA INFÂNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS. SUPERIOR INTERESSE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º e 227; ECA, ART. 100. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. Nos termos da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, a superveniência da sentença condenatória, em regra, não prejudica o habeas corpus impetrado contra o decreto prisional, quando mantidos os fundamentos que levaram a decretação da segregação cautelar, como no caso concreto (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015). 3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 4. Na hipótese, a custódia cautelar encontra amparo na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito. Todavia, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 5. A Certidão de Nascimento acostada às e-STJ fl. 145 atesta que a paciente é mãe de um filho de 1 ano e 3 meses de idade, tem apenas 19 anos, é primária, não tendo sido mencionado histórico de atos infracionais ou que responda a outros processos criminais. Os cuidados

maternos na primeira infância são indiscutíveis. Nesse contexto, entendo que é o caso de proteger e resguardar a integridade física e emocional da criança, substituindo a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Precedentes. 6. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. 7. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art.3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional. 8. Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015). 9. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando-se a liminar, para deferir a paciente o direito à prisão domiciliar. (HC 358.080/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

Ainda, apenas uma semana depois, o mesmo Ministro do STJ, também concedeu de ofício prisão domiciliar a outra paciente no *Habeas Corpus* n. 390.211 de SP (Quinta Turma, julgado em 04/04/2017). Nesse caso, a acusada possuía um filho de dois anos de idade, todavia, o Juiz singular decretou a prisão preventiva considerando a gravidade da conduta e que a paciente já “era conhecida nos meios policiais”. Segue a ementa da decisão do STJ:

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. ROUBO MAJORADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO DA PACIENTE COM APENAS 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM

CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente. 2. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 3. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. 4. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional. 5. Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.

Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015). 6. Caso em que a paciente possui um filho com apenas 2 anos de idade (primeira infância), que necessita dos cuidados maternos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Imprescindibilidade dos cuidados da genitora. Razões humanitárias. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico. (HC 390.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017)

Contudo, independentemente de as decisões supracitadas serem favoráveis a prisão domiciliar, garantindo-se a efetiva proteção integral da criança, verifica-se que esse posicionamento precisa ser melhor difundido, já que muitas são as decisões proferidas pela Justiça brasileira que, apesar de

noticiada a gravidez, a maternidade, ou a responsabilização por crianças, essas circunstâncias não são consideradas para qualquer efeito nas deliberações judiciais.

Isso porque, apesar da boa intenção do nosso legislador, as normas trazidas pela Lei n. 13.257/2016, não são uma obrigatoriedade, mas uma faculdade do magistrado conceder a prisão domiciliar. De acordo com as circunstâncias do caso concreto, pode o juiz entender que tal modalidade de prisão não é adequada, por colocar em “risco” a sociedade.

No entanto, como já mencionado nesta monografia, a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta à infância ocupam uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 227 da CF.

Assim, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o direito da criança à convivência familiar e ao desenvolvimento saudável, deve-se aplicar a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da criança. Pois, esses princípios estabelecem a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial ou extrajudicial, o interesse infantoadolescente deve preponderar.

CONCLUSÃO

A concepção de que a criança e o adolescente são detentores de direitos é muito recente. Não só no Brasil, como em todo o mundo, a evolução jurídica desses direitos teve que percorrer um longo caminho até ganhar lugar na sociedade. Observando a evolução trilhada, até alcançar a Doutrina da Proteção Integral, percebe-se que as mudanças ocorridas foram fruto de muita luta e persistência.

A Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse são duas regras basilares do direito da infância que devem permear todo tipo de interpretação de casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, entende-se que a Doutrina da Proteção Integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito.

Outrossim, quando a legislação pátria recepcionou a Doutrina da Proteção Integral (artigo 227 da Constituição da República, Convenção de Direitos da criança, ratificada pelo Brasil e incorporada por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 e Estatuto da Criança e do Adolescente) fez uma opção que implicaria num projeto político social para o país, pois ao contemplar a criança e o adolescente como sujeitos que possuem características próprias ante o processo de desenvolvimento em que se encontram, obrigou as políticas públicas voltadas para esta área a uma ação conjunta com a família, com a sociedade e com o Estado.

Desta forma, entrou em vigor a Lei n. 13.257/16, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, um diploma pequeno, mas que trata sobre matéria de grande relevância para o futuro do País. Dispõe sobre as políticas públicas para primeira infância e faz alterações significativas no ordenamento jurídico, tendo reflexos principalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente, no direito do trabalho e no direito processual penal.

O Marco Legal da Primeira Infância deu nova redação aos artigos. 6º, 185, 304 e 318 do Código de Processo Penal. Os três primeiros, de um modo geral, dizem respeito à qualificação do indiciado, no inquérito policial; acusado, no processo judicial; e autuado, no auto de prisão em flagrante; quando devem ser colhidas informações 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.

A alteração legislativa mais sensível, no entanto, diz respeito ao acréscimo das causas que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, constantes do art. 318 do Código de Processo Penal. A nova redação autoriza o deferimento de prisão domiciliar à gestante, à mulher com filho até doze anos de idade ou ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos.

Dessa maneira, a nova lei amplia a reflexão sobre o quadro jurídico que permeia a situação de crianças que possuem seus genitores encarcerados, especialmente em relação a ausência da figura materna.

Apesar de a situação de encarceramento atingir todos os filhos da mulher, sejam eles crianças ou adolescentes, inegável que esta atinge de maneira mais direta e sensível as crianças mais novas, na chamada primeira infância. Ocorre que este é o período em que a criança está iniciando seu desenvolvimento, necessitando de todos os cuidados possíveis. Neste sentido, a garantia dos direitos à saúde, à educação e à convivência familiar e comunitária devem ser potencializadas. Assim, ressalta-se que nesse processo inicial de desenvolvimento o contato com a mãe tem caráter fundamental.

Diante disso, o Marco Legal da Primeira Infância é lei que 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 segregação.

Isto posto, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o direito da criança à convivência familiar e ao desenvolvimento saudável, deve-

se aplicar a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse da criança. Imperioso destacar que não se trata de perdão ou abolicionismo penal, mas de aplicação da sanção criminal ou medida cautelar em consonância com a necessidade de se garantir direitos às crianças que não praticaram qualquer crime.

Ainda, tendo em vista a necessidade de que toda norma seja interpretada de acordo com a Constituição e com os Tratados Internacionais, o artigo 318 do CPP, juntamente com todo o ideal posto pelo Marco Legal da Primeira Infância, deve ser visto como autorizador para aplicação do regime domiciliar, não apenas para o caso de prisão cautelar, mas também para as prisões definitivas, substituindo qualquer tipo de regime de pena (aberto, semiaberto ou fechado), em clara preponderância da Doutrina da Proteção Integral e do ordenamento internacional.

Entende-se, assim, que a existência de filhos ou de gravidez pode representar a mitigação das normas penais de fixação da pena, estabelecimento de regime prisional ou ainda na consideração de benefícios desencarceradores ou despenalizadores, tudo para cumprir a prioridade constitucional e legal.

Desta forma, conclui-se que a efetivação da Doutrina da Proteção Integral da criança, filha de mãe presa, seria alcançado por meio da aplicação do instituto da prisão domiciliar para a genitora, seja como medida cautelar, seja como pena, garantindo o afastamento da criança do cárcere, sem que isso signifique a perda da convivência com a figura materna.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança?** Revista Virtual de Textos e Contextos. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006.

BASAGLIA, Cristiano (Coord.). Marco Legal da Primeira Infância - Conheça os Principais Avanços, Limitações e Desafios da Nova Lei. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidente da Republica, 1941.

_____. Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016: Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília: Senado Federal, 2016.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1990.

CARDOZO, Antonio Carlos Bittencourt. **Conselho Tutelar como instrumento de participação da população e de efetivação da política social de atendimento da criança e do adolescente**. 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36493/000817551.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2017.

COSTA, Gustavo D' Assunção. **As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar prevista no artigo 117, da Lei de Execuções Penais, e sua aplicabilidade à prisão domiciliar do artigo 317, do Código de Processo Penal**. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44261&seo=1>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CRUZ, Elisa. O Marco Legal da Primeira Infância sob a Ótica da Defensoria Pública. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, ago/set, 2016. Bimestral.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal: Volume Único**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3.ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Marco da Primeira Infância**. 2016. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco Legal- Kátia Maciel.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

MARX, Karl. **O Capital** (Crítica da Economia Política). Tradução de Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, livro 1, v. 1, 1971.

MASI, Carlo Velho. **O Estatuto da Primeira Infância e a proteção integral aos filhos de presos**. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estatuto-da-primeira-infancia-e-a-protecao-integral-aos-filhos-de-presos/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei nº 13.257/2016 Ampliou a Possibilidade da Prisão Domiciliar e Deve Ser Aplicada Imediatamente. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 17, n. 98, jun/jul, 2016. Bimestral.

Novo marco legal consolida avanços significativos para a primeira infância brasileira. 2016. Disponível em: <<http://primeirainfancia.org.br/novo-marco-legal-consolida-avancos-significativos-para-a-primeira-infancia-brasileira/>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 17, n. 98, jun/jul, 2016. Bimestral.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. 2013. Disponível em <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática**. 2008. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Bruno César da. **A prisão domiciliar como a melhor forma de garantir os direitos dos filhos de mães presas no período da primeira infância**. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a->

camara/estruturaadm/altosestudos/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SILVEIRA, Mayra. **Os caminhos da infância.: A história social da criança e do adolescente.** 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28271/os-caminhos-da-infancia>>. Acesso em: 03 maio 2017.

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. **A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança.:** Direitos humanos a proteger em um mundo em guerra. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2568/a-declaracao-dos-direitos-da-crianca-e-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 04 maio 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Ltr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões.** Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Doutrina e Jurisprudencia.** São Paulo: Conceito, 2011.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Encarceiradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry (Coord). **Direito da criança e do adolescente: Novo curso - Novos temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583#_ftnref2>. Acesso em: 02 maio 2017.