



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO MATERNO PARA A PRIMEIRA
INFÂNCIA

Isabela Henriques Pessanha

Rio de Janeiro
2021

ISABELA HENRIQUES PESSANHA

AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO MATERNO PARA A PRIMEIRA
INFÂNCIA

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO MATERNO PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA

Isabela Henriques Pessanha

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o direito da criança e do adolescente é permeado pelos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, do melhor interesse e da convivência familiar. Por meio do encarceramento materno, tais princípios e objetivos tornam-se ineficazes diante das condições desumanas e impróprias do sistema penitenciário brasileiro. A essência do trabalho, portanto, é incentivar a implementação de políticas públicas e medidas alternativas para a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana em prol da primeira infância encarcerada.

Palavras-chave – Direito da criança. Direitos Humanos. Encarceramento materno. Primeira infância no cárcere. Dignidade da pessoa humana.

Sumário – Introdução. 1. A violação dos direitos e garantias da primeira infância em contraposição com o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. A decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 143.641 e a ausência de soluções para outros casos que não envolvam a prisão preventiva. 3. A implementação de políticas públicas para o desenvolvimento das crianças encarceradas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a realidade carcerária brasileira, que é extremamente alarmante. Além da superlotação nos presídios, as condições desumanas, inóspitas e de forte vulnerabilidade e precariedade são estarrecedoras, assim como a desigualdade social que é muito latente e perceptível. Considerando tal perspectiva, é inegável a existência de histórias de vida muito distintas e peculiares no ambiente penitenciário. Contudo, o cenário envolvendo crianças nascidas no cárcere, vítimas do encarceramento materno, é excessivamente injusto e exige uma atenção minuciosa.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias, jurisprudenciais e estudos científicos a respeito do tema de modo a discutir de que forma a dignidade da pessoa humana é violada no âmbito do sistema penitenciário, tendo em vista que as crianças já nascem com seus direitos e garantias fundamentais sendo desrespeitados e desonrados.

O tema é bastante polêmico e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a discussão envolvendo a primeira infância, justamente por conta das consequências jurídicas, sociais e psicológicas que o encarceramento materno é capaz de provocar. A partir disso, é imprescindível perquirir todos os reflexos negativos gerados pelo sistema de encarceramento e

buscar possíveis medidas e soluções capazes de nortear e possibilitar o crescimento e a evolução dos recém-nascidos de uma forma mais humana e honrada, de forma a preconizar o mínimo existencial para uma vivência digna e um tratamento de absoluta prioridade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando os inúmeros direitos que são violados no ambiente do cárcere na primeira infância, em contraponto com todas as garantias asseguradas na Constituição Federal Brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do Marco da Primeira Infância, que enaltecem uma assistência integral e uma vida digna desde o nascimento da criança.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, a decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 143.641, que traz uma resposta aos casos envolvendo mulheres submetidas à prisão cautelar, isto é, existe a possibilidade do cumprimento domiciliar da pena para aquelas que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até doze anos de idade sob sua responsabilidade. Porém, não temos a mesma solução para outros casos que não envolvam a prisão preventiva, o que ocasiona, como consequência, o nascimento e desenvolvimento de diversas crianças no ambiente carcerário, o que é totalmente desumano e inadequado.

Por fim, o terceiro capítulo discute a possibilidade e a implementação de políticas públicas que sejam eficientes, capazes de modificar e superar as dificuldades enfrentadas no cárcere, de modo a tornar a vida das crianças mais justa e íntegra, visando a consagração do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil. Sendo assim, fica claro que a principal preocupação do artigo é o fomento e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais para a modificação do presente contexto vivenciado pela primeira infância no cárcere.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger proposições e considerações hipotéticas. Além disso, o artigo terá uma análise qualitativa, ou seja, a abordagem terá como tendência máxima o estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo a respeito do encarceramento materno e as suas consequências para a primeira infância, com o intuito primordial de proporcionar ao leitor a real condição das penitenciárias femininas e a busca por medidas efetivas que atendam as necessidades das crianças no cárcere.

Ademais, pretende-se a pesquisa de maneira quantitativa, de modo a apurar resultados e índices numéricos a respeito do número de crianças que nascem e permanecem no ambiente carcerário e as condições disponibilizadas para o crescimento de cada uma delas. Dessa forma, é possível enfrentar e pensar em ideias viáveis e capazes de modificar o atual cenário do encarceramento materno.

1. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS DA PRIMEIRA INFÂNCIA EM CONTRAPOSIÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

É imperioso citar que a realidade carcerária brasileira é extremamente alarmante, pois, considerando o número absoluto de presos¹, o Brasil ocupa a terceira posição no ranking mundial, atrás apenas da China e Estados Unidos. Parte dessa população carcerária, é constituída por um grupo de elevada vulnerabilidade e fragilidade: as crianças nascidas no cárcere.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é a grande responsável por preconizar valores e preceitos humanistas, sociais, igualitários, fraternais e protetivos no compromisso com a formação e desenvolvimento das crianças, tendo em vista o prestígio e a importância dada a cada uma delas no artigo 227² que consagra:

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.

Por meio de tal dispositivo surgem inúmeras perguntas que permeiam o presente trabalho científico, tais como: As crianças são realmente tratadas com absoluta prioridade no ambiente carcerário? Os seus direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente e legalmente, são verdadeiramente assegurados? É possível defender a presença de um mínimo existencial no âmbito das penitenciárias para a primeira infância?

A partir das indagações elencadas, é necessário vislumbrar por meio de uma análise crítica, as condições do sistema penitenciário brasileiro. Pode-se afirmar que o ambiente carcerário é considerado como um local de condições inumanas de vida, no qual as vítimas do cárcere se tornam muitas vezes seres invisíveis. Sendo assim, as inúmeras violações aos direitos fundamentais precisam ser observadas com atenção, tendo em vista que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana,

¹ G1. *Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo.* Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 02 set. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

corolário de uma sociedade justa, igualitária, humana e enraizada nos valores de um Estado Democrático de Direito.

Ingo Sarlet³ ensina que a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Ana Paula de Barcellos⁴ afirma que a sociedade não pode ser incapaz de reconhecer quando as pessoas se encontram em condições indignas, isto é, se não houver consenso a respeito de um conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral, pois, caso não seja possível observar situações de indignidade, não se poderá conhecer mais a noção da própria dignidade.

Consequentemente, a concepção de um mínimo existencial começou a ganhar impulso, assim como a noção do seu conteúdo que engloba o direito à saúde, educação, moradia, alimentação e assistência. Para Ricardo Lobo Torres⁵, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”.

Para Ana Paula de Barcellos⁶ abordar a temática do mínimo existencial é conceituá-los como sendo:

O conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Destarte, é possível sustentar que os direitos fundamentais fazem parte desse conjunto que constitui o mínimo existencial. Por conseguinte, são indispensáveis à evolução das crianças,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011, p. 246-247.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 246-247.

necessários para assegurar uma existência digna, livre, igual e justa. Rodrigo César Rebello Pinho⁷ defende que “não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes”.

Portanto, tratar do direito ao mínimo existencial é abordar o fato de que o Estado deve ter respeito e consideração pela vida das crianças, atuando para a concretização da dignidade da pessoa humana, principalmente da primeira infância, já que dependem de uma intervenção estatal para alcançarem os seus direitos fundamentais e, assim, crescerem da melhor maneira possível, com proteção integral e especial, a fim de lhes facultar o desenvolvimento mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁸

Alicerçado aos conceitos acima mencionados, é exequível suscitar que os presídios, desde a sua concepção e criação, são mecanismos de controle, incapazes de fomentar o desenvolvimento da primeira infância. O cárcere é um ambiente que pode ser caracterizado pela falta de limpeza e higiene, iluminação, precariedade escolar e alimentar, falta de lazer e atendimento médico. Dessa forma, constata-se que ocorrem graves violações aos direitos humanos, com a justificativa de proporcionar a segurança pública de parte da população.

Sabe-se da existência da prisão domiciliar, porém, em situações em que tal alternativa não é possível, é importante destacar que, mesmo diante da possibilidade do crescimento das crianças no cárcere e suas dificuldades e repercussões, ponderar o desenvolvimento de cada uma delas longe de suas mães, regularmente, é extremamente complicado, pois a não permanência do filho com a sua genitora também é capaz de gerar inúmeros problemas para a saúde mental de ambos diante da possibilidade de um rompimento do vínculo familiar. É uma situação muito delicada e que exige minuciosa atenção, visto que o encarceramento das crianças não supre as necessidades físicas, emocionais, sociais e psicológicas, pelo contrário, obstaculiza tal desenvolvimento.

Vale ressaltar que, é possível perceber que as instruções descritas no ordenamento jurídico brasileiro não são efetivadas por meio de políticas públicas capazes de estabelecer condições saudáveis, benéficas e propícias para o enaltecimento e reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O art. 3º da Lei nº 13.257, a Lei do Marco da Primeira Infância⁹, dispõe que:

⁷ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁹ BRASIL. *Lei nº 13.257*, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

Todavia, apesar da previsão e da necessidade de incentivos e de atividades desenvolvidas pelo Estado para garantir direitos fundamentais, são poucas as penitenciárias em que há um berçário ou creche para o cuidado das crianças, por exemplo. É muito raro encontrar locais adequados e com condições salubres no cárcere, conforme ordena a legislação, prejudicando, desse modo, a vida das crianças que já nascem impedidas de conviver na sociedade de forma livre.

Diante da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, pode-se perceber que o ambiente carcerário não é habilitado para garantir o mínimo existencial para a primeira infância. Assim, é razoável reformular e reestruturar o sistema penitenciário brasileiro com o intuito de socializa-lo e democratiza-lo em prol de um crescimento benéfico, íntegro, justo e honrado para as crianças, no sentido de viabilizar um desenvolvimento pautado em condições dignas, mesmo que no cárcere. Além disso, questionar a forma como é regida a prisão domiciliar no Brasil e a falta de outras alternativas para as mães encarceradas e seus filhos é outra matéria que exige transformação em detrimento da primeira infância e da importância de protegê-la e defendê-la.

2. A DECISÃO DO STF NO *HABEAS CORPUS* Nº 143.641 E A AUSÊNCIA DE SOLUÇÕES PARA OUTROS CASOS QUE NÃO ENVOLVAM A PRISÃO PREVENTIVA

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹⁰, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Segunda Turma decidiu, em 2018, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres presas, gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência. Constatou-se que há, de fato, uma exagerada imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, além de uma falha estrutural alarmante e crescente no sistema prisional, o que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, estejam experimentando uma situação degradante e desumana, em

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

flagrante contrariedade a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, ferindo frontalmente a garantia do mínimo existencial.

Vale dizer que isso ocorre também pela inércia dos poderes, órgãos, entidades e autoridades públicas que não manifestam interesse e nem vontade de lograr uma superação nesse cenário tão preocupante, falhando no que diz respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando e comprometendo o desenvolvimento físico e psicológico de cada uma delas.

Ainda em sede de julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹¹, foram levantados dados acerca da infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais e verificou-se que há um descumprimento sistemático de normas referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por conta disso, o ministro relator, Ricardo Lewandowski, partiu para uma perspectiva de defesa dos direitos das mulheres presas e de seus filhos, que sofrem de forma injusta as consequências da prisão, tendo em vista que o art. 5º, inciso XLV, da CRFB/88 consagra que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”¹², ou seja, no casos das crianças encarceradas ou que nascem na prisão, a privação de liberdade é estendida à elas sem que tenham cometido qualquer tipo de crime, não restando dúvidas de que, como consequência, o encarceramento materno gera prejuízos irreparáveis na vida de cada uma.

É importante mencionar que a Lei nº 13.257/2016¹³, do Marco da Primeira Infância, trouxe implicações de grande relevância para este panorama, tendo como uma das suas maiores inovações a modificação do art. 318 do Código de Processo Penal¹⁴ ao prever expressamente que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante e mulher com filho de até doze anos de idade. Além disso, o mesmo diploma legal preconiza em seu art. 7º que a criança tem direito a proteção à vida e à saúde por meio de políticas sociais públicas que possibilitem o crescimento sadio e em condições dignas de existência.

Sob tal perspectiva, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 143.641¹⁵ conjecturou parâmetros que devem ser observados para que haja a implementação da inovação trazida para o Código de Processo Penal em detrimento da prisão preventiva. É preciso dizer que, as autoras e as *amicus curiae* do *Habeas Corpus* nº 143.641¹⁶ defendem que o magistrado deverá substituir a prisão preventiva em domiciliar, isto é, não haveria outra possibilidade para o juiz, de modo

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

a evitar possíveis discricionariedades. Por outro lado, para a Procuradoria-Geral da República, o magistrado deve analisar cada caso à luz de suas especificidades para conceder a substituição, ou seja, de modo individualizado e atentando para o melhor interesse da criança, princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, que determina a primazia das necessidades das crianças como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de normas futuras.¹⁷

Para o ministro relator Ricardo Lewandowski, é possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, contudo, deve-se lembrar do art. 319 do Código de Processo Penal¹⁸ que institui medidas alternativas concomitantes para as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes. Dessa forma, o entendimento do *Habeas Corpus* expõe que quando a gestante ou a mãe de criança até doze anos não se enquadrar nas exceções indicadas no art. 318-A do diploma processual penal¹⁹, automaticamente, a prisão preventiva se converterá em prisão domiciliar.

Sendo assim, fica claro perceber que tal decisão quis tutelar o desenvolvimento da criança em prol dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse, tendo em vista que estabelecem primazia em favor dos menores em todas as esferas de interesses, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Isso porque, o interesse infanto-juvenil deve sempre preponderar, inclusive no sistema carcerário brasileiro, que é permeado por intensa precariedade, sendo totalmente prejudicial ao crescimento e a formação das crianças.²⁰

Todavia, é impossível não perceber e assim questionar a ausência de soluções para outros casos que não envolvam a prisão cautelar. Além da extrema urgência e necessidade de criar novas formas e alternativas para viabilizar e efetivar a aplicação dos princípios e regras constitucionais, convencionais e legais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, bem como a Constituição Federal²², preveem que a responsabilidade pelas crianças é solidária, ou seja, a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de concretizar e tutelar a promoção dos seus direitos de modo primordial. Consta citar ainda que, o direito à convivência familiar também é de vital importância para a evolução física e psíquica do menor, portanto, toda criança tem direito a ser criada e educada no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada

¹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁹ Ibid.

²⁰ MACIEL, op. cit., p. 20.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

²² BRASIL, op. cit., nota 2.

a convivência familiar e comunitária. Tarcísio José Martins Costa²³ explicita que o direito à convivência familiar é uma necessidade vital da criança e, por conta disso, deve ser visualizado no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida.

Ao lado disso, o princípio da proteção integral da criança posiciona o menor no ordenamento jurídico como um sujeito de direitos, em condição especial de desenvolvimento. Ou seja, a criança não é enxergada apenas quando está em situação irregular, ela é vista como uma pessoa que carece de atenção, amparo, cuidado e assistência. Guilherme de Souza Nucci²⁴ expressa que:

Além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento (...). Possuem as crianças e adolescentes uma *hiperdignificação* da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa *maximização* da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a *proteção integral* para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentando e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária.

Por meio do encarceramento materno atual, a eficácia de todos esses princípios elencados ao longo do artigo e dos dispositivos constitucionais e infra legais torna-se impraticável e inexecutável. Uma vez que, quando há o aprisionamento da mãe e da criança, todos os deveres inerentes a proteção das garantias dos seus direitos são transgredidos por conta das condições desagradáveis e inóspitas do cárcere. Realmente, é uma situação extremamente complicada e delicada, tendo em vista que se a criança não for encarcerada juntamente com a sua genitora ficará sem o convívio familiar, um direito que também é consagrado no texto constitucional. Sendo assim, há prejuízos catastróficos de ambos os lados e o que é preciso conquistar é uma razoabilidade entre essas duas vias em prol do melhor interesse da criança.

Ao analisar as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras²⁵, mais conhecidas como Regras de Bangkok, é imperioso incentivar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres. Vislumbrando tal disposição, percebe-se que a

²³ COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 27.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

efetivação dos direitos das crianças está diretamente atrelada à atuação estatal, já que os entes públicos possuem o dever de promover a execução de políticas públicas eficazes e capazes de proporcionar o pleno e digno desenvolvimento de toda a sua população, com prioridade absoluta para as crianças. À vista disso, o Estado tem em suas mãos uma dupla responsabilidade: a manutenção e tutela dos presídios e a proteção dos direitos das crianças encarceradas, bem como a preservação do vínculo familiar.

É indispensável verificar a Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009²⁶, pois, trouxe algumas inovações para a Lei de Execuções Penais ao instituir que os estabelecimentos penais destinados a mulheres deverão ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los, no mínimo, até seis meses de idade. Outrossim, a lei dispõe que a penitenciária deverá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. A partir dessa reforma, percebe-se que há uma tendência ao cumprimento do princípio da convivência familiar, isto é, dos filhos permanecerem com suas mães.

Entretanto, apesar dessa priorização e por conta dela, é necessário pensar em políticas públicas que satisfaçam não só o convívio de mães e filhos, mas também que satisfaçam a execução e a concretização dos direitos fundamentais e garantias previstos no ordenamento jurídico, ou seja, é preciso pensar em técnicas, planejamentos, inovações e estrutura para que as normas saiam do campo meramente legal e sejam incutidas na prática e na vida das crianças que precisam ser enxergadas e tratadas com absoluta prioridade. Portanto, é de extrema relevância e urgência a aplicação de novas ideias que possam auxiliar na consagração do mínimo existencial para os menores.

Como já tratado acima, o Estado é o protagonista para o melhoramento e avanço dessas políticas públicas, sua atuação e participação são de fundamental importância para a potencialização dos direitos das crianças e dos adolescentes. Diante de tal afirmação, devem ser elaborados novos métodos e estratégias para articular de forma equilibrada e congruente a convivência familiar, pois não é possível pensar em sua primazia e desprezar os direitos fundamentais e suas garantias, já que sem eles há violação constante aos princípios e regras do sistema normativo.

Oportuno acrescentar que a decisão do *Habeas Corpus* nº 143.641²⁷ contribuiu de forma positiva na construção dessa supremacia do convívio entre mães e seus filhos, sem deixar

²⁶ BRASIL. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

de privilegiar os direitos das crianças, já que elas não estariam presas com suas genitoras nos ambientes carcerários. Porém, ainda não há soluções viáveis quando não estamos diante de situações que se enquadram na substituição da prisão preventiva, demonstrando assim a existência de uma lacuna que fere diretamente o crescimento e desenvolvimento das crianças, que são tratadas de forma cruel e negligente nos presídios brasileiros. Logo, é necessário pensar em alternativas que possibilitem o pleno desempenho da proteção integral da criança preconizando o seu melhor interesse e a dignidade da pessoa humana.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO E MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS ENCARCERADAS

Como já observado, a taxa de mulheres encarceradas aumenta a cada dia e essa superpopulação carcerária interfere de forma direta no número de crianças que também permanecem presas nos ambientes carcerários, afetando não só as famílias, mas o desenvolvimento cognitivo, físico e psicológico da primeira infância. Sendo assim, é indiscutível o desafio existente para a implementação e promoção de políticas públicas que viabilizem uma infância digna, saudável, harmoniosa e equilibrada. Contudo, apesar de ser um caminho árduo, não é impossível.

O primeiro passo indispensável, de acordo com Vanessa Fusco Nogueira Simões²⁸, é iniciar uma nova discussão a partir da perspectiva da criança e não da mãe, tendo o Estado o dever de apoiar os pais no desempenho da proteção e do desenvolvimento da autonomia da criança no exercício de seus direitos e zelar por aquelas que estão invisíveis e despercebidas no ambiente carcerário. Por conseguinte, o Estado tem o dever moral de proteção, implícito nas suas obrigações, ou seja, deve proteger seus cidadãos, principalmente os mais vulneráveis.²⁹

A partir dessa perspectiva de vulnerabilidade, há que reconhecer ainda mais a fragilidade da primeira infância, justamente pelo fato de ser criança e por conta da circunstância em condição especial, isto é, a de estar na prisão em companhia de sua mãe.³⁰ “O princípio do interesse superior da criança, implica em um dever do Estado em relação às crianças objetivando efetivar seus direitos subjetivos”.³¹ Por meio de tal concepção, é imprescindível pensar em políticas públicas em prol de um crescimento saudável, digno e honroso dos

²⁸ SIMÕES, Vanessa Fusco Nogueira. *Filhos do Cárcere*. Limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 147.

²⁹ Ibid., p. 152-153.

³⁰ Ibid., p. 154.

³¹ Ibid., p. 157.

menores. Isso porque, por meio delas é estabelecido “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³²

Vale lembrar que, o Supremo Tribunal Federal³³ reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro por conta da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. Destarte, o STF constatou as condições desumanas e as inúmeras falhas estruturais das penitenciárias nacionais.

De acordo com o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), “a reorganização do sistema prisional é imperativa e urgente, perpassando por medidas básicas, como a readequação das unidades prisionais”.³⁴ Além disso, impõe-se também o obstáculo da efetiva implementação de políticas públicas voltadas para assegurar o direito das presas e de seus filhos à saúde, à assistência social, com o intuito de reverter o quadro deplorável do sistema penitenciário brasileiro.³⁵ É de necessária urgência, ainda mais em situações em que as crianças permanecem no cárcere com suas mães, a existência de espaços próprios e específicos para a permanência dos filhos das mulheres presas e a mudança estrutural dos estabelecimentos prisionais, visto que, “a realidade encontra-se dissociada da pretensão legislativa”.³⁶

Deve-se pensar na capacitação dos agentes penitenciários, isto é, devem ter formação e preparação adequada para lidar com as crianças, vítimas do aprisionamento de suas genitoras. Da mesma maneira, é considerável enfatizar que:

A gestão do sistema prisional, pois, é de alta complexidade, já que incumbe ao Estado a tutela do preso, devendo ele garantir sua integridade física e moral, garantindo-lhe, desde seu ingresso no sistema prisional, acesso às políticas públicas que visem sua recuperação, preparando-o para a reinserção social efetiva e não utópica como muitas vezes demonstrado.³⁷

Sobre esse panorama da reinserção do preso na sociedade, é de extrema pertinência a preocupação com a primeira infância encarcerada, tendo em vista que essa é uma fase da vida de excessiva importância, já que é neste momento que as crianças possuem muita dependência e vulnerabilidade, além de ser a fase na qual desenvolvem sua capacidade cognitiva e

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpecp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021, p. 80.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ *Ibid.*, p. 83.

³⁷ *Ibid.*, p. 92.

intelectual, aprendem e descobrem novas áreas de conhecimento, e aprimoram sua personalidade. Por conta disso, aplicando critérios de proporcionalidade e razoabilidade, é de basilar utilidade a interdisciplinaridade entre o direito, a saúde, a sociologia, a pedagogia e a psicologia, no sentido de que todos os profissionais desses ramos devem atuar com o objetivo de alcançar a dignidade que essas crianças tanto precisam no ambiente carcerário, a fim de que o mínimo existencial necessário para viver seja garantido e fornecido para cada uma delas.

A respeito da função dos profissionais do direito é imperioso pontuar que, o Poder Judiciário tem uma função de notoriedade e influência na construção do futuro das crianças, precisamente porque deve atuar privilegiando o interesse superior da criança, ou seja, nos casos em que não se depara com a possibilidade de substituição da prisão preventiva em domiciliar, como foi consagrado no *Habeas Corpus* 143.641³⁸, deve decidir pensando em duas opções nada agradáveis: “separar a criança da mãe ou deixar que ela viva na prisão, sofrendo assim detenção por tabela”.³⁹ Os magistrados então devem levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto ao tomar a decisão que obedece o melhor desenvolvimento e bem estar físico, moral e emocional do menor.⁴⁰ Dessa forma:

A discricionariedade do Magistrado deve consistir em avaliar os fatos legais e substantivos do caso e contrabalançar os diferentes tipos de componentes científicos, legais e morais do princípio de interesse superior a fim de considerar qual seria, afinal de contas, o interesse superior da criança.⁴¹

Com base nisso, “a autoridade judicial sempre será responsável por decidir sobre a vida das crianças, tendo que avaliar fatores que incluem, entre outros, as instalações onde irão mãe e filho e as prováveis consequências de viver com cuidadores alternativos fora da prisão.”⁴² Portanto, é inquestionável o papel de relevância exercido pelo Poder Judiciário na vida das crianças, papel esse citado também nas Regras de Bangkok⁴³, na regra 49 ao citar que, “Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.”

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁹ SIMÕES, op. cit., p. 160.

⁴⁰ Ibid., p. 161.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., p. 162.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 24.

À vista disso, quando a decisão judicial optar pela permanência da criança com a sua genitora no cárcere, o que ocorre com frequência, o sistema prisional não pode permanecer do mesmo modo, devendo garantir a socialização e um crescimento pautado na respeitabilidade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ausência da preconização dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que tange à primeira infância. Vale dizer que, no ambiente carcerário, as crianças estão sujeitas a um cenário de invisibilidade, marginalização e vulnerabilidade, ou seja, o oposto da proteção integral que merecem, tendo em vista que a convivência de cada uma delas passa a se basear num regime injusto e rigoroso de cumprimento de pena privativa de liberdade por um fato penal que não cometeram.

Se o terceiro objetivo da República brasileira consiste em construir e estruturar um Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana, não se mostra coerente concretizar isso por meio da supressão dos direitos fundamentais das crianças no sistema prisional, haja vista que, por meio dele não é possível a salvaguarda da primeira infância. Contudo, apesar de todos os problemas e obstáculos encontrados no cárcere, há uma controvérsia muito delicada a ser pensada e resolvida, que é a permanência dos filhos e filhas com as apenadas. Sabe-se que, um dos princípios estritamente consagrados no âmbito constitucional e na seara do direito da criança e do adolescente é a convivência familiar.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, é possível dizer que, se é necessário promover e proclamar o convívio familiar para um desenvolvimento seguro, saudável e harmonioso da primeira infância, conseqüentemente, deve-se levar em consideração as condições inóspitas do cárcere e a partir disso promover medidas eficientes e capazes de modificar tal conjuntura, com o intuito de satisfazer as necessidades e urgências desses menores, pautando todas as ações públicas no crescimento e na evolução psíquica e física de cada um deles, garantindo a plenitude e a satisfação dos direitos que a eles são inerentes. Por conta disso, seria totalmente razoável impulsionar e incentivar a elaboração de políticas públicas eficazes para combater a arbitrariedade, a desigualdade e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana nas penitenciárias.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia vislumbrada ao longo do segundo capítulo, que constatou a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar por meio do *Habeas Corpus* nº 143.641, todavia há ainda tamanha

insuficiência na existência de medidas alternativas que possam cumprir com um duplo papel, isto é, a permanência da primeira infância com suas genitoras e a concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados para as crianças com absoluta prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, deve ser garantido o relacionamento dos menores com as suas respectivas mães em um ambiente sadio, salubre e afável, isto é, favorável e tendente a viabilizar o desenvolvimento pueril.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a primeira infância não pode sofrer o que se denomina de discriminação e penalização “por tabela”, ou seja, a imposição de uma determinada penalização não pode recair sobre os menores, já que são sujeitos de direitos e precisam ser tratados com prioridade absoluta e com o intuito de fomentar o melhor interesse de cada um deles. Para isso, é preciso uma cooperação e colaboração entre os membros da sociedade, especialmente do Poder Público, levando em consideração sua dupla função, a de cumprir o dever de conservação e manutenção dos presídios, já que a ele incumbe a tutela das presas e seus filhos, e a proteção dos direitos das crianças encarceradas.

O principal argumento utilizado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, é o de reconhecer a fragilidade da primeira infância, dado que é um momento extremamente importante para a socialização, educação e para o desenvolvimento cognitivo e emocional. Por meio disso, é imprescindível ser preocupação constante do Estado a implementação de políticas públicas e o dever moral de proteção, objetivando a execução dos direitos subjetivos e fundamentais, essencialmente para aqueles que se encontram em condições de maior fragilidade e requerem maior atenção e cuidado. Além disso, o Poder Judiciário também precisa atuar por meio das suas decisões fundamentadas no melhor interesse da criança, de modo a colocar em prática o seu desenvolvimento e bem estar físico, moral e emocional.

Por conseguinte, é de necessária urgência a readequação e reorganização dos sistemas prisionais. Isso porque, quando não há nenhuma alternativa diferente, para que ocorra a preservação do vínculo familiar, o ambiente carcerário precisa ser um local diferenciado, capaz de realmente produzir a reinserção social e programado por meio de uma estrutura física e organizacional pautada na atuação de diversos ramos, como o da psicologia, do direito, da saúde e da pedagogia, que irão trabalhar lado a lado, com o objetivo de alcançar o mínimo existencial inserido no princípio da dignidade da pessoa humana para a primeira infância.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar o ingresso da primeira infância no ambiente carcerário senão aquele que persiga uma absoluta transformação no sistema prisional brasileiro, proporcionando uma permanência digna e respeitável para as crianças que permanecem no cárcere.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Lei nº 11.942*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.257*, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13257.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

G1. *Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 02 set. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020 – 2023)*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcep/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.