

JOANA CAVALLI GHION

SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO
DOMICILIAR COMO GARANTIA DA CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DAS CRIANÇAS EM PERÍODO DA PRIMEIRA
INFÂNCIA

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2017

JOANA CAVALLI GHION

SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO
DOMICILIAR COMO GARANTIA DA CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DAS CRIANÇAS EM PERÍODO DA PRIMEIRA
INFÂNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação *latu sensu* apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte

Aos meus alicerces: Augusto Junior, Augusto Neto, Arthur e Murillo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais (*in memoriam*), Lia Mara e Augusto, por quem tive a felicidade de ser educada, que durante suas vidas conseguiram transmitir aos filhos lições de justiça e ética necessárias para enfrentar essa longa trajetória pessoal e profissional.

A meu irmão Augusto, minha eterna gratidão pelo essencial apoio na jornada.

A Murillo, pela compreensão, apoio e carinho. Por todo amor e dedicação, obrigada.

Agradeço imensamente ao professor orientador dessa monografia, Dr. Antônio Carlos da Ponte, pelo incentivo e auxílio que me foi concedido, e em especial, por sempre estimular seus alunos com aulas e conversas enriquecedoras, exemplo de mestre, para quem quero deixar registrada minha admiração.

Aos professores de Direito Penal e Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que, ao longo dessa caminhada, compartilharam seus conhecimentos e suas angústias jurídicas, estimulando um pensamento fora do senso comum. Por essa contribuição, muito obrigada.

Aos meus caros amigos e colegas de classe e profissão.

A perda da figura de apego primária representa a perda de tudo para a criança: a perda do amor, segurança, proteção.

James Beverly (1994)

RESUMO

O presente trabalho desenvolve uma análise crítica acerca do desenvolvimento infantil na primeira infância, do direito à convivência familiar e comunitária e do benefício da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar em garantia aos direitos fundamentais das crianças previstas na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei da Primeira Infância, bem como nos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil. A partir de uma leitura humanística dessas normativas, aborda a evolução do conceito de infância até a mais recente legislação protetiva existente no ordenamento jurídico brasileiro. Pela análise, demonstra que o princípio do melhor interesse da criança justifica a manutenção do vínculo familiar junto aos genitores em período de primeira infância, mesmo quando encontrarem-se em cumprimento de prisão preventiva. Conclui, portanto, que diante de toda ordem protecionista existente no ordenamento jurídico brasileiro, a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar é medida que se impõe, tendo presente que o legislador ordinário, ao alterar o dispositivo do Art. 318 do Código de Processo Penal, trilhou no sentido de privilegiar os menores com até doze anos de idade que se encontram sob os cuidados da mãe ou do pai, com a efetividade da aplicação do direito à convivência familiar, sobretudo, tendo em vista ser esse um dos grandes princípios garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como pela Lei de Políticas Públicas na Primeira Infância.

Palavras-Chave: Lei da Primeira Infância. Desenvolvimento infantil. Sistema prisional. Prisão domiciliar. Direito à convivência familiar e comunitária. Princípio do Melhor Interesse do Menor. Estatuto da Criança e do Adolescente. Código de Processo Penal. Direitos humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 AS CRIANÇAS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITOS	11
1.1 A trajetória da infância no Brasil: noções históricas	11
1.2 Direito das crianças no âmbito do Direito Internacional	16
1.3 Histórico da legislação relacionada à infância e adolescência	19
2 O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL	27
2.1 Lei da Primeira Infância: Lei n.º 13.257/2016	27
2.2 Investindo na primeira infância: desenhando um futuro melhor	35
2.3 O Marco da Primeira Infância e os seus reflexos no Processo Penal ..	42
3 A PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA LEI DA PRIMEIRA INFÂNCIA	47
3.1 Primeira infância e o direito à convivência familiar e comunitária	47
3.2 O Princípio do Melhor Interesse da Criança	56
3.3 Primeira infância e sistema prisional e a prisão domiciliar	58
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo dissertar acerca da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para pais que, encarcerados, possuam filhos em período da primeira infância. Portanto, trata-se de regra disposta no Art. 318 do Código de Processo Penal, que impõe a estes indivíduos a possibilidade de, mesmo em cumprimento de reprimenda penal, desfrutar e promover o convívio familiar junto de seus filhos.

O objetivo desse trabalho não é analisar a possibilidade de que esses pais presos preventivamente não cumpram sua pena ou que sejam abarcados por benesses em demasia e injustificáveis, mas sim, tem o objetivo e a sensibilidade de perceber que a lástima carregada pelos presos devido à exclusão extramuros não deve atingir de forma direta os seus filhos em inicial desenvolvimento humano. Pensa-se que independente de qual seja o direito, ele deve ser assegurado de forma a alcançar a sua efetiva aplicação.

Também não se pretende defender que as ideias aqui discorridas sejam as mais corretas ou não. Pretende-se, da mais singela forma, fazer com que a sociedade olhe para essas crianças de zero a seis anos de idade, de forma mais genuína e com isso, aprenda-se a compaixão, sobretudo para aquelas crianças que vivem diariamente as mazelas da vida, enfrentando a pobreza.

Para tanto, faz-se necessário discorrer sobre a evolução histórica do conceito de infância. Atenta-se para o fato de que esse conceito nem sempre teve a mesma importância que lhe é dada atualmente, mas mesmo assim, não é possível dissociar tal conceito da história que contribuiu para a sua condição e para a sua importância atual. Fato é que a compreensão da infância teve uma significativa evolução no início dos tempos modernos, porém sempre refletiu, em seus contextos, os valores presentes na sociedade do período.

Dentro desse viés evolutivo, inscrevem-se também os avanços do interesse humanitário pelos direitos e garantias fundamentais das crianças. Esses avanços são analisados em âmbito internacional, num primeiro momento, focando-se no conjunto de direitos fundamentais constitucionais e de direitos humanos para dar-se início a evolução dos direitos protecionistas das crianças em âmbito internacional.

Diante de uma forte influência internacional, tornou-se necessária a adequação do ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, entra-se na evolução

histórica sobre os direitos da criança em âmbito nacional, discorrendo sobre as lutas sociais que marcaram os advenços das legislações atuais, chegando ao período da elaboração da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Esse último, buscando assegurar direitos das crianças e dos adolescentes, teve a sua proposta muito bem elaborada e de forma inovadora apresentou o público infantojuvenil como cidadãos de direitos e garantias, sendo norteados por uma proteção integral.

Sem dúvidas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, tornou-se o elemento central para o avanço da democracia brasileira, já que essa normativa expressa em seu próprio texto é produto de um irreversível processo de construção de direitos humanos.

Tendo discorrido sobre essa evolução histórica, chega-se à mais recente e inovadora legislação no que tange aos direitos das crianças: a Lei da Primeira Infância. A entrada em vigor do Marco Legal da Primeira Infância eleva a um novo patamar a legislação brasileira referente à temática infantil. Isso porque, ela vem calcada sobre princípios constitucionais basilares e destina-se à singularidade protecionista às crianças de zero a seis anos de vida, dando atenção especial à diversidade das infâncias brasileiras.

A importância dessa novel legislação baseia-se na comprovação de que uma criança bem educada, com oportunidade de cuidados, proteção e com vínculos familiares bem desenhados desde a sua concepção torna-se um adulto com muito mais chances de qualidade de vida social e profissional do que aquelas que vivem sob a ausência de afeto.

Além de diretrizes importantes para a implementação de políticas públicas eficientes, o Marco Legal da Primeira Infância implementou alterações legislativas, sendo que, para o ponto crucial desse trabalho, importa de maneira relevante a alteração ocorrida no Art. 318 do Código de Processo Penal, nos incisos IV, V e VI, que versam sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando for a mulher gestante ou for o homem e/ou a mulher os únicos responsáveis pelos filhos de até 12 anos de idade.

Dentro desse viés, enfrenta-se o direito à convivência familiar e comunitária previsto na Carta de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em instrumentos internacionais. O foco é mantido com atenção na criança em fase

inicial de desenvolvimento de personalidade, bem como na sua condição peculiar. Ainda, percorre-se a importância do estabelecimento e da manutenção da convivência familiar e comunitária, sobretudo nesse período da vida, já que o ordenamento jurídico ao adotar o princípio do melhor interesse da criança deve garanti-lo mesmo diante de conflitos internos.

1 AS CRIANÇAS COMO NOVOS SUJEITOS DE DIREITO

1.1 A trajetória da infância no Brasil: noções históricas

Iniciando as considerações sobre a evolução da trajetória infantil, destaca-se que o conceito de infância, nos primórdios, não era compreendido com o real significado que lhe é atribuído hoje em dia.

Esse conceito não pode ser dissociado da história que contribuiu para a sua condição e para a sua importância atual, já que não é pioneirismo da atualidade preocupar-se com a infância. Fato é que a compreensão da infância teve uma significativa evolução no início dos tempos modernos, porém sempre refletiu, em seus contextos, os valores presentes na sociedade do período.

Pode-se citar, como exemplo, o século XII, quando não havia por parte da família e da sociedade um olhar afetuoso pelas crianças. Naquela época, havia uma grande taxa de mortalidade, devido às poucas condições de saúde e de sobrevivência e, por isso, era encarada como algo natural pela população.

Sobre o sentimento dos pais em relação à perda, Phillippe Ariès¹ assevera que o falecimento era sentido não sem tristeza, mas sem desespero, o que fazia com quem os pais não criassem vínculos com os seus filhos e, por fim, dispara: “não nos devemos surpreender diante desta insensibilidade, pois ela era absolutamente natural nas condições demográficas da época.”

A arte medieval, até por volta do século XII, desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se deve à incompetência ou falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo.²

O autor sobredito evidencia que naquele tempo as crianças eram tratadas em segundo plano, já que as suas necessidades eram desconhecidas.

Na Idade Média, as crianças eram compreendidas como adultos, porém em menor escala, como uma espécie de miniatura. Não existiam representações do que era ser criança e do que era ser adulto e, igualmente, não havia a preocupação com o período entre a infância e a juventude. As crianças eram pequenas extensões dos adultos.

¹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 58.

² *Ibidem*, p. 58.

Neste sentido, Ariès³ observa que:

Na sociedade medieval, que tomamos como ponto de partida, o sentimento de infância não existia – o que não quer dizer que as crianças fossem negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. O sentimento de infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua ama, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes.

Partia-se do princípio de que assim que as crianças fossem consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, o que ocorria aproximadamente aos sete anos de idade, elas já ingressavam na comunidade dos homens. Portanto, não havia a transição e o desenvolvimento da infância para a juventude e depois, mais tarde, para a fase adulta.

A realidade daquela época demonstra que, além de não haver momentos de lazer e de brincadeiras, as crianças eram socializadas com pessoas mais velhas, na maioria das vezes com seus genitores, pois quando elas apresentassem alguma independência física, eram de pronto inseridas no trabalho, vestindo-se e comportando-se como adultos. Isto, talvez, justifique a ausência de percepção sobre as peculiaridades dos rebentos.

Por fim, percebe-se que, por não haver uma transição natural das fases da vida, ocorria uma interferência entre as necessidades infantis e as obrigações adultas. Desta forma, descreve o autor sobredito:

Na Idade Média, no início dos tempos modernos, e por muito tempo ainda nas classes populares, as crianças misturavam-se com os adultos assim que eram capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, poucos anos depois de um desmame tardio – ou seja, aproximadamente aos seis anos de idade. A partir desse momento, ingressavam imediatamente na grande comunidade dos homens, participando com seus amigos jovens ou velhos dos trabalhos e dos jogos de todos os dias. O movimento da vida coletiva arrasava numa mesma torrente as idades e as condições sociais.⁴

A falta de harmonia entre a compreensão de crianças e adultos evoluiu por meados do século XV, quando os mais velhos começaram a mudar o olhar sobre o

³ ARIÈS, *op. cit.*, 1978, p. 176.

⁴ *Ibidem*, p. 275.

significado da infância e ter mais clareza sobre o conteúdo infantil. É o início da percepção de que a infância é apenas um estágio de preparação para a vida adulta.

Cabia, então, investir na infância e na criança em vista das possibilidades de construção do futuro da humanidade. É nesse sentido que a Modernidade, criança e infância se entrelaçam, de forma que a infância se viabiliza pela formação humana e a criança seria o alvo de tal construção.⁵

A partir de então, surge um novo sentimento em relação à infância que se desenvolve no bojo familiar e este novo sentimento é denominado por Ariès⁶ como a “fase da paparicação”. Foi nesse período que a família inaugurou a compreensão sobre a gentileza e a ingenuidade das crianças, e que teve como consequência o investimento pelos pais e por suas amas nos momentos de lazer e diversão.

Contudo, foi apenas a partir do novo modelo pedagógico instalado no século XVIII que, segundo o autor, a sociedade passou a pensar na infância e na adolescência como etapas do desenvolvimento natural.

Referente ao tema, Beatriz de Souza Cabezas⁷:

O cuidado dispensado às crianças passou a inspirar sentimentos novos, uma afetividade nova, exprimido no sentimento moderno da família. Os pais não se contentavam mais em pôr filhos no mundo, mas sim em prepará-los para a vida. A moral da época lhes impunha proporcionar a todos os filhos, e não apenas aos mais velhos – e, no fim do século XVII, até mesmo às meninas – essa preparação para a vida, a qual, por sua vez, era assegurada pela escola, que passava a ser protegida pela justiça e garantida pela política social.

A família deixou de ser uma instituição ligada somente ao sistema patrimonial, apenas composta por bens e nomes, e transformou-se em uma instituição indispensável e responsável pelo desenvolvimento de seus rebentos, com uma função moral de desenhar e preparar os seus filhos para a vida jovem e adulta.

Contudo, a trajetória da infância e da juventude é assinalada por diversas dificuldades e preposições precárias. Desde os primórdios registram-se marcas de

⁵ CARVALHO, Carlos Henrique de; MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de; ARAÚJO, José Carlos Souza (Orgs.). **A infância na modernidade: entre a educação e o trabalho**. Uberlândia, MG: EDUFU, 2007, p. 183.

⁶ ARIÈS, *op. cit.*, 1978, p. 158: “Um novo sentimento da infância havia surgido, em que a criança, por sua ingenuidade, gentileza e graça, se tornava uma fonte de distração e de relaxamento para o adulto, um sentimento que poderíamos chamar de paparicação.”

⁷ CABEZAS, Beatriz de Sousa. **Crerios judiciais de aplicao das Medidas Socioeducativas**. 2008. 149 f. Dissertao (Mestrado em Direito das Relaoes Sociais)–Pontificia Universidade Catlica de So Paulo. So Paulo, 2008, p. 15.

abusos, miséria e fome. Essas falências no desenvolvimento infantil são reflexo de uma inércia familiar, social e estatal, diante da ausência de políticas públicas.

Com a colonização do Brasil, o país passava por uma temporada de povoamento, recebendo nas embarcações imigrantes, seus filhos e ainda, crianças órfãs e pobres. Naquela época, a presença das mulheres era rara e, muitas vezes, elas eram proibidas de embarcar.

A depender da condição social da criança, ela vivenciava um árduo trajeto a bordo, porque, além de serem expostas às penosas condições da viagem, “grumetes e pajens eram obrigados a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos. Crianças mesmo acompanhadas dos pais eram violadas por pedófilos e as órfãs tinham que ser guardadas e vigiadas cuidadosamente a fim de manterem-se virgens [...]”⁸ Não obstante, “grumetes e pajens, crianças escravas e outras crianças imigrantes e migrantes, além do deslocamento ser um dos traços da sua identidade, o trabalho será outra característica que une seus espaços e tempos.”⁹

Como não havia processo de inclusão e de desenvolvimento, o trabalho infantil era uma prática comum. Del Priore descreve que, até por volta do final do século XIX, o trabalho infantil na lavoura era o caminho natural dessas crianças brasileiras. Ademais, não raras vezes os filhos de escravos desde os seus primeiros anos de vida trabalhavam como uma forma de domesticação, descrita por Ariès como “desvalorização da infância”. Apenas crianças que nasciam em famílias de alto nível social tinham o privilégio de manter-se afastadas destas atividades.

Então, nos tempos modernos, o *status* de criança pobre e desvalida foi ficando mais perceptível, principalmente a datar do século XVIII, quando ocorreu o fortalecimento da sociedade industrial.

Com o índice de pobreza crescendo, no século XXI, a população foi assolada por uma alta taxa de desemprego que se aglomerava principalmente nas periferias em situações inadequadas.

Contudo, com o advento do século XX, houve uma ampla evolução na sociedade com o crescimento dos grandes polos industriais e das grandes cidades.

⁸ RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.) **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 70-82.

⁹ LOPES, Jader Janer Moreira. Grumetes, pajens órfãos do rei... e outras crianças migrantes. *In*: VASCONCELLOS, Vera Maria Ramos de. **Educação da infância: história e política**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 13-30.

Com isso, já era hora de dotar a sociedade com instrumentos judiciais e políticas públicas para o combate à violência e para a proteção das crianças.

Neste sentido,

Faltava de maneira geral, interesse da administração pública pelas condições da criança brasileira, principalmente a pobre, e foi com o intuito de diminuir a apatia que dominava as esferas governamentais quanto ao 'problema da criança' que alguns grupos começaram a atuar no início do século XX.¹⁰

A preocupação com a educação infantil é o elemento fundamental para o conceito e a noção atual de criança na sociedade contemporânea.

Essa preocupação ganha mais força quando organismos internacionais avocam para si o papel de definição das políticas assistências voltadas à infância nos países subdesenvolvidos. Pode-se citar, como exemplo, a criação do Fundo das Nações Unidas para a Criança (UNICEF), em que as políticas assistenciais brasileiras atuavam através de convênios.

Assim sendo, a UNESCO, através da UNICEF, começa a prestar assessoria aos especialistas de educação pré-escolar de diversos países. Recomenda-se então a busca de novas alternativas para atender aos menores de 7 anos, uma vez que os países subdesenvolvidos não dispõem de recursos financeiros necessários para um atendimento à infância dentro dos padrões idealmente concebidos¹¹.

O UNICEF trabalha desde então com os princípios de equidade, com foco na redução das desigualdades e garantias de direitos das populações mais vulneráveis, principalmente para as crianças e adolescentes. Parte desse trabalho é realizado por meio da mobilização direta das comunidades e de gestores públicos.

Com essa nova preocupação, o olhar da sociedade para a infância e a juventude foi se transformando. A compreensão, que antes era desconhecida, deu lugar para um novo conceito, norteado por olhares afetuosos.

Em suma, os acontecimentos histórico-culturais foram fundamentais para compreender as fases da evolução e a importância da legislação internacional e nacional que protege as crianças nos dias atuais e tornaram-nas sujeitos de pleno direito.

¹⁰ KRAMER, Sônia (Org.). **Com a pré-escola nas mãos**: uma alternativa curricular para a educação infantil. São Paulo: Ática, 1991, p. 61.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

1.2 Direito das crianças no âmbito do Direito Internacional

Tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional destacam-se vários avanços sobre o interesse humanitário pelas garantias fundamentais das crianças.

Como já visto, essa evolução constituiu-se de fundamentos históricos e, como tal, não absolutos. Portanto, elas fazem parte de um processo de construção e reconstrução da humanidade, assim como as garantias de direitos:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e esta longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos.¹²

E é devido a sua historicidade que o tema é inesgotável, pois vive-se na dinâmica da transformação social e da cultura, sendo, portanto, essas garantias fruto de um espaço simbólico de luta e de ação social.

Referente ao tema do Direito da Criança, deve-se focar no conjunto dos direitos fundamentais constitucionais e dos direitos humanos. O texto constitucional da Carta de 1988 busca a sua fundamentação no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (acrescentar passagem) e nas diretrizes internacionais dos Direitos Humanos.

Em 1919, com a criação da Liga das Nações – que mais tarde evoluiu para a Organização das Nações Unidas (ONU) –, a comunidade internacional começou a abrir os olhos para a proteção social da criança. A Liga surgiu com a finalidade de promover a cooperação da paz e a segurança internacional e para reforçar a ideia de que no plano internacional existem limites para a autonomia dos Estados. “Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta na medida em que a Convenção da Liga estabelecia medidas econômicas e militares a serem impostas contra os Estados que violassem suas obrigações.”¹³

¹² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 151.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

Ainda nesse sentido:

A Liga das Nações, por sua vez, veio a reforçar essa mesma concepção, apontando para a necessidade de revitalizar a soberania dos Estados. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema de minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho – pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças.¹⁴

A Liga das Nações inicia a abordagem do tema dos direitos da criança, compreendendo-a como pessoa humana íntegra “completa enquanto criança e incompleta enquanto em crescimento e desenvolvimento”¹⁵.

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos [...] para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.¹⁶

Como marco inicial, a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, de 1924, adotada pela Liga das Nações, é o primeiro documento internacional a versar sobre os direitos da criança. Este tratado é escrito com base nas ideias, princípios e práticas do médico educador Janusz Korczak. Dispõe sobre os direitos específicos da criança e das responsabilidades dos adultos em atendê-los. É com essa Declaração Internacional que surge o princípio que, em situações de perigo, calamidade pública ou guerra, a criança deve ser a primeira a receber socorros¹⁷.

Em 1959, é adotada, pela Assembleia das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, que é o simbolismo de um

¹⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, 2012, p. 178.

¹⁵ DIDONET, Vital. Trajetória dos direitos da criança no Brasil – de menor desvalido a criança cidadã, sujeito de direitos. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avanços do marco legal da primeira infância**. Brasília: Centro de Estudos e Debates Estratégicos, 2016, p. 60-75.

¹⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, 2012, p. 177.

¹⁷ DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 23 maio 2017.

episódio fundamental no ordenamento jurídico internacional na afirmação da luta dos direitos das crianças.

João Batista Costa Saraiva explica que com esse documento nasce uma nova concepção jurídica de infância, que começa a sua evolução no início do século XX, no final da década de oitenta, para a formulação da Doutrina da Proteção Integral.

Em 1979, vinte anos após o advento da Declaração dos Direitos da Criança, a ONU estabelece o Ano Internacional da Criança. Foi nesse mesmo ano que a representação da Polônia, percebendo a necessidade de uma normativa internacional que viesse com força cogente, propôs a elaboração de uma Convenção sobre o tema.

Essa convenção, denominada como Convenção sobre os Direitos da Criança está vigente desde 1990 – ela foi adotada pela ONU em 1989¹⁸ – e tem na sua história o período de elaboração de dez anos. Hoje, é o tratado internacional com o maior número de ratificações em âmbito mundial.

A Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança refere-se à aplicação da Doutrina de Proteção Integral, constituindo-se no principal documento internacional de direitos das crianças.

Esse documento internacional consagra à proteção integral da infância, destacando os direitos civis e políticos. No campo assistencial, após a ratificação por parte dos Estados-membros, eles são incumbidos de prestar assistência integral no que tange à saúde, educação, moradia e segurança social, além de outras proteções.

Após a ratificação, há o comprometimento por parte dos Estados-membros de proteger a criança de toda e qualquer forma de discriminação, assegurando-lhe a assistência adequada, isso porque “a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”.

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38: “Em 1989, no trigésimo aniversário da Declaração Dos Direitos da Criança, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, reunida em Nova Iorque, aprovou a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Desde então, os Direitos da Criança passam a se assentar sobre um documento global, com força coercitiva para os Estado signatários, entre os quais o Brasil.”

Além da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, é possível afirmar a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança a partir dos seguintes documentos internacionais:

- 1996: Regras de Beijing, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores;
- 1991: Regras de Tóquio, Resolução n.º 45/110 – Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade;
- 1991: Diretrizes Riad, Resolução n.º 45/112 – Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil; e
- 1991: Regras de Havana, Resolução 45/113 – Regras das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade.

Esse conjunto de normativas internacionais revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança para uma condição de sujeito, protagonista de direitos e obrigações. Dessa forma, passa a ser inadmissível o conceito composto de cargas discriminatórias, na medida em que há no ordenamento uma normativa apta para proteger a população infantojuvenil.

1.3 Histórico da legislação relacionada à infância e adolescência

No Brasil, no início do século XIX, mais precisamente em 1808, vigorava as Ordenações Filipinas. Elaboradas em um período colonial, o Livro V, das Ordenações – em especial a parte penal, na qual crianças e adolescentes eram tratados como adultos – ficou conhecido entre os historiadores como o “catálogo de monstruosidades” ou então, “código bárbaro”.

Isso porque, durante a sua vigência, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos de idade. Entre os dezessete e vinte e um anos de idade havia um sistema denominado de “jovem adulto”, o qual poderia ser este indivíduo condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter a sua pena diminuída.

Nas Ordenações Filipinas, o Livro V, título CXXV, dispunha:

Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-há a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse.

E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha.

E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commetido, e as circunstâncias delle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural.

E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commetido.

E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum.¹⁹

Enquanto no Brasil essa era a legislação vigente, no âmbito internacional, mais precisamente na Inglaterra, em 1802, estava sendo editada a primeira normativa – Carta dos Aprendizizes – de combate ao trabalho infantil, que limitava a jornada de trabalho da criança trabalhadora para, no máximo, dez horas diárias e tornava proibido o trabalho noturno.

Após a proclamação da Independência em 1822 e inspirado no Código Penal francês de 1810, nasceu no Brasil o Código Criminal do Império, em 1830, que fixou a imputabilidade penal plena em quatorze anos de idade.

Concomitante a este período, na época colonial, no século XVIII, surgiu a modalidade pioneira ao atendimento à infância, que ficou conhecida como o sistema “Roda de Expostos”.

As “Rodas de Expostos” eram administradas pela Santa Casa de Misericórdia e ficaram popularmente conhecidas como as “Rodas dos Rejeitados”. Elas consistiam em um compartimento cilíndrico com movimentos giratórios e eram geralmente alocadas nas entradas das instituições em que os recém-nascidos e as crianças eram abandonados. As mães, que tinham suas identidades preservadas, colocavam os seus filhos nesses compartimentos para que fossem entregues aos cuidados das freiras da Igreja. “A criação das Rodas de Expostos evitou que bebês fossem abandonados nas ruas e nas portas das igrejas por mães que buscavam ocultar a desonra de gerar um filho ilegítimo, ou que não tinham condições de criá-lo”²⁰.

¹⁹ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações filipinas online**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>>. Acesso em: 23 maio 2017.

²⁰ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004, p. 24.

A grande maioria das crianças que sofriam esse abandono era fruto de gravidez indesejada, eram filhos de mães solteiras que sofriam exclusão social ou até mesmo eram abandonadas por falta de rendimentos suficiente para subsistência.

Então, no período entre 1924 e 1964, nasceu a fase assistencial²¹, na qual as ações foram voltadas às populações empobrecidas e carentes. Nesta época ocorreu a criação do Juízo Privativo de Menores pela Lei n.º 2.059, de 1924. Um ano após, criou-se o Conselho de Assistência e Proteção ao Menor, pelo Decreto n.º 3.828, de 25 de março de 1925.

Ainda, em 1927, devido aos esforços do Dr. José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, o primeiro juiz de menores da América Latina, surgiu o primeiro Código de Menores, intitulado “Código Mello e Mattos”. A codificação tinha como diretriz a política menorista, calcada sob os ensaios da assistência social.

Com a codificação em plena vigência, o primeiro grande embate foi a determinação do fim das “Rodas dos Expostos”, eliminando o anonimato para o abandono, sem, contudo, expor as causas que levaram à entrega das crianças²², e a determinação da imputabilidade penal aos 18 anos.

A demanda tornava-se elevada e as instituições da época não realizavam o atendimento das crianças e dos adolescentes de forma adequada, e a consequência disso era a exclusão social dos infantes e de suas famílias, trazendo à tona uma situação de vulnerabilidade decorrente da desigualdade social.

Em 1939, com o surgimento do Estado Novo e o estabelecimento do Governo Vargas, foram criados importantes órgãos e instituições com a finalidade de aprimorar a efetiva proteção à criança e ao adolescente.

Pode-se citar, como exemplo, o Departamento Nacional da Criança, órgão vinculado ao Ministério da Educação e da Saúde, que centralizou o atendimento às crianças brasileiras, criado em 1940. Ainda, no mesmo período, surgiu a Legião Brasileira de Assistência (LBA), para promover a assistência social durante a infância.

Em 1941, foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), voltado a atender delinquentes e abandonados, que funcionava através de internatos. Esses

²¹ SILVA, Roberto da. **Os filhos do Governo**: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. São Paulo: África, 1997, p. 45.

²² SILVA, *op. cit.*, 1997, p. 69.

locais ficaram popularmente conhecidos como “depósito de menores”²³. Na prática, o SAM não conseguiu realizar a sua proposta de atenção específica aos autênticos desvalidos. Após sofrer derradeiras críticas, foi extinto em dezembro de 1964 para a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)²⁴.

A FUNABEM, portanto, começa a funcionar nos mesmos moldes do SAM, herdando não somente o espaço físico, mas também, as horrendas práticas de repressão e a ausência de atendimento adequado às famílias.

Em 1946, criou-se o Fundo das Nações Unidas (UNICEF), que se inseria nas políticas assistenciais brasileiras atuando através de convênios.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) está presente no Brasil desde 1950, apoiando as mais importantes transformações na área da infância e da adolescência no País. O UNICEF participou das grandes campanhas de imunização e aleitamento materno, da mobilização que resultou na aprovação do artigo 227 da Constituição Federal e na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, do movimento pelo acesso universal à educação, dos programas de enfrentamento ao trabalho infantil.²⁵

Em 1948 foi fundado o comitê brasileiro da Organização Mundial para a Educação Pré-Escolar (OMEP), “uma entidade filantrópica que se ocupa de todos os aspectos relacionados ao cuidado e à educação de crianças de 0 a 5 anos”. Foi a primeira instituição a defender a criação e a implementação de políticas públicas voltadas a qualidade da educação.

A instituição atua em 70 países, em 5 regiões mundiais, em benefício de uma realidade social que promova e permita o pleno desenvolvimento do ser humano. No Brasil, a OMEP foi a primeira instituição a defender políticas públicas voltadas à qualidade da Educação Infantil, em 1953. Tem contribuído, significativamente, com conquistas sociais brasileiras no que tange aos direitos das crianças (artigo 277 da Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas, Diretrizes Curriculares Nacionais, FUNDEB, entre outros) e à qualificação e valorização dos profissionais da Educação. [...] Por seus méritos históricos e por sua gestão ética, a OMEP é reconhecida como uma instituição de referência internacional na área da Educação. No Brasil, a OMEP integra redes, fóruns, conselhos e estabelece parcerias com institutos, universidades, faculdades, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. É oficializada, mundialmente, como entidade consultiva da ONU, UNESCO e UNICEF, e premiada por instituições públicas e privadas, nacionais e internacionais.²⁶

²³ RIZZINI; RIZZINI, *op. cit.*, 2004, p. 45.

²⁴ SILVA, *op. cit.*, 1997, p. 45.

²⁵ UNICEF BRASIL. **O UNICEF e a garantia dos direitos da infância e da adolescência no Brasil.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/overview.html>>. Acesso em: 23 maio 2017.

²⁶ *Ibidem.*

O período entre a década de 1970 e a década de 1980 representou um importante movimento de organização social na luta por democracia, abertura política e garantia de seus direitos trabalhistas, sociais, políticos e civis. Junto a esse contexto, o movimento de defesa dos direitos de crianças e adolescentes ganhou voz e potencializa a discussão sobre a legislação voltada para a proteção infantojuvenil.

Contudo, em 1979, surge o “Novo Código de Menores”, Lei n.º 6.697, que não apresentou nenhum avanço na situação infantojuvenil no país. Aliás, o novo Código apresentou uma nova categoria de menor denominada “situação irregular”²⁷, que seguiu a mesma inclinação de negativa de direitos do Código anterior, mantendo o foco na observação aos danos gerados por crianças e adolescentes à sociedade.

Posteriormente, em 1988 aconteceu o Fórum Nacional Permanente de Entidade Não-Governamental de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a finalidade de sistematizar as discussões referentes às crianças e aos adolescentes, bem como, buscar a compreensão das questões estruturais e políticas que violentavam os direitos da infância e da juventude.

No mesmo ano, foi promulgada a Constituição Federal, intitulada como a “Constituição Cidadã”, por Ulysses Guimarães²⁸. Com a Carta Constitucional da Nova República, ocorreu uma extraordinária transformação no cenário protetivo infantojuvenil.

Os avanços da consciência humanística resultaram num progresso de reconquista de direitos e garantias, como destaca o mestre José Afonso da Silva: “Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em tempos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividiria entre proprietários e não proprietários.”²⁹

²⁷ MARTIN, Anísio Garcia. **Direito do menor**: comentário e notas. São Paulo: Universitária de Direito, 1988, p. 9. Sobre a expressão “situação regular”, ensina o autor: “Sendo uma criação da doutrina jurídica, a expressão ‘situação irregular’ reflete uma conceituação filosófica cristã por excelência, expressa de forma lapidar na manifestação feita certa vez pelo famoso jurista Sobral Pinto que dizia que amava o pecador e detestava o pecado.”

²⁸ SILVA, *op. cit.*, 2014, p. 92. “É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”

²⁹ *Ibidem*, p. 151.

Ainda, o brilhante Ingo Wolf Sarlet³⁰ demonstra, traçando um paralelo entre o direito constitucional positivo anterior com a nova Carta de 1988, a significativa inovação na seara dos direitos fundamentais. Dessa forma, percebe-se com excelência que a Constituição Federal é a representatividade de um marco jurídico de transição ao regime democrático.

Como já mencionado, as garantias dos direitos da criança e do adolescente têm a sua fundamentação calcada sob as diretrizes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e é através dessa dignidade que deve ser interpretada e aplicada a lei.

Além da inovação com a proteção especial do Estado, a entidade familiar passa a ter, de forma positivada, o direito e o dever de, juntamente com o Estado e com a sociedade, assegurar com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente.³¹

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças, adolescente e do jovem, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º). Postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança, do adolescente e do jovem.³²

Portanto, proteger, com prioridade e de forma integral, os direitos das crianças e dos adolescentes passou a ser uma obrigação da família, da sociedade e do Estado. Isso se faz necessário para que possam ser atendidas todas as necessidades daqueles, evitando-se, assim, desvios e consequências ineficazes.

Por fim, em 13 de julho de 1990, por meio da Lei n.º 8.069, o ordenamento jurídico pátrio passou a contar com o principal marco legislativo protetivo à infância e juventude: o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com forte influência internacional, tornou-se necessária a adequação do ordenamento jurídico às regras impostas às crianças e aos adolescentes. Com isso, a Lei n.º 8.069/1990 foi apresentada na Câmara dos Deputados com o Projeto n.º

³⁰ SARLET, Ingo Wolf. **A eficácia dos Direitos fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 64.

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, p. 1. Constituição Federal.

³² SILVA, *op. cit.*, 2014, p. 866.

1.506/1989 pelo então Deputado Nelson Aguiar, do Espírito Santo, e no Senado, pelo Senador Ronan Tito, de Minas Gerais.

Buscando assegurar direitos das crianças e dos adolescentes, a proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente foi muito bem elaborada e, de forma inovadora, apresentou o público infanto-juvenil com peculiaridades de condições, tornando-os merecedores de uma proteção integral, que ainda encontrava-se em desenvolvimento.

No Título I, inicialmente, tem-se o direito ao gozo de todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos fundamentais foram elencados no Título II, no qual o Capítulo I refere-se ao direito à vida e à saúde; o Capítulo II, ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; o Capítulo III versa sobre o direito à convivência familiar e comunitária; o Capítulo IV traz o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e, por fim, no Capítulo V, o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Para garantir a efetivação desses direitos, o Título III traz o artigo 70, que estabelece como um dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Já na Parte Especial, dispõe sobre os mecanismos para assegurar esses direitos fundamentais e ao atendimento da proteção integral. Seguindo assim: no Título I, sobre políticas de atendimento, versando sobre fiscalização de entidades de atendimento; no Título II, sobre as medidas de proteção; e no Título III, sobre a prática de atos infracionais, que discrimina os direitos individuais do adolescente infrator. A seguir, os próximos Títulos versam sobre programas de proteção à família, Conselho Tutelar, acesso à Justiça e previsão dos crimes e infrações administrativas.

Por elencar inicialmente os direitos fundamentais, o Estatuto, em seu artigo 1º³³, visando a regulamentação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Essa Doutrina de Proteção Integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente baseia-se no reconhecimento de direitos especiais e específicos de toda população infantojuvenil.

³³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990, p. 13563, ret. 27 set. 1990, p. 18551. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

A doutrina de proteção integral foi anteriormente prevista pelo texto constitucional da Carta de 1988, que instituiu no artigo 227 a chamada prioridade absoluta, afastando, dessa forma, a antiga doutrina da situação irregular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sem dúvida, é o elemento central para o avanço da institucionalidade democrática brasileira. A lógica adultocêntrica é rompida com a reafirmação de que este grupo infantojuvenil é formado por sujeitos dotados de direitos, orientando-se pela Doutrina da Proteção Integral. Esse avanço, expresso no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, é produto de um irreversível processo de construção de direitos humanos.

2 O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

2.1 Lei da Primeira Infância: Lei n.º 13.257/2016

A Lei n.º 13.257, de 2016, ficou mais conhecida como o Marco Legal pela Primeira Infância e consiste em um conjunto de diretrizes e ações focadas no desenvolvimento infantil para crianças de zero a seis anos de idade.

A elaboração do Marco Legal da Primeira Infância eleva a um novo patamar a legislação brasileira sobre os direitos da criança. Firmada sobre os princípios constitucionais e sobre a doutrina da proteção integral, a sua peculiaridade encontra-se no foco da singularidade das crianças de até seis anos de vida, dando atenção especial à diversidade das infâncias brasileiras.

O objetivo da Lei n.º 13.257/2016 foi enfatizar os cuidados para com esta faixa etária da pessoa humana, estabelecendo princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas integradas, direcionadas para os seus direitos especiais, tendo em vista que são mais específicos, haja vista que no período de vida de 0 até 6 anos ocorre a maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano. A lei, no entanto, acabou por seguir mais adiante ao aperfeiçoar normas preexistentes que cuidam de direitos de todas as crianças e adolescentes, como veremos a seguir.³⁴

Os debates foram iniciados em 2011, quando foi criada a Frente Parlamentar da Primeira Infância, integrada por mais de 200 parlamentares com a finalidade de debater e de aprimorar sugestões para a promoção de direitos das crianças em primeira infância em consonância com a Carta de 1988 e com a legislação infraconstitucional.

Essa Frente Parlamentar, portanto, uniu-se à Rede Nacional da Primeira Infância (RNPI), que consiste numa organização da sociedade civil atuante pela promoção dos direitos da primeira infância. Ressalta-se que entre as organizações da sociedade civil que tiveram papel protagonista na promoção desses direitos, debatendo e apresentando sugestões, pode-se citar, ainda, além dessa, as Redes

³⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. **Marco Legal da Primeira Infância**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

Estaduais da Primeira Infância e a Rede do Movimento Psicanálise, Autismo e Saúde Pública.

Em dezembro de 2013 foi apresentado o Projeto de Lei da Primeira Infância n.º 6.998/2013. Pouco tempo depois, criou-se a Comissão Especial da Primeira Infância, com o objetivo de realizar a análise do projeto e, também, para ampliar a participação social no aprimoramento do projeto de lei, ouvindo sugestões de especialistas e autoridades, bem como, promovendo o debate de experiências práticas sobre o tema.

O projeto de lei sobredito estabeleceu princípios e diretrizes para a implementação e efetivação de políticas sociais e públicas para a Primeira Infância em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Decorrente do Projeto de Lei n.º 6.998/2013 (número originário na Casa Legislativa) e do Projeto de Lei da Câmara no 14/2015, a lei sobre primeira infância tem por 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'.³⁵

Tomando por base a nova realidade familiar e a condição do princípio do maior interesse da criança e considerando ser a primeira infância uma fase peculiar e importante na vida, a lei procurou abrigar diversos direitos das crianças em desenvolvimento de zero a seis anos. Dessa forma, a legislação procurou de forma expressa e clara reforçar a necessidade do desenvolvimento de ações e políticas públicas voltadas para essa fase específica.

- I – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e cidadã;
- II – incluir a participação da criança na definição das ações que lhe dizem respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;
- III – respeitar a individualidade e ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade das infâncias brasileiras, 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

³⁵ 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, p. 16-18, ago./set. 2016.

público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação das crianças;

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 uma 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 de uma cultura de proteção e promoção da criança, com o apoio dos meios de comunicação social.³⁶

Na análise do projeto, o Poder Executivo constituiu um Grupo de Trabalho formado por representantes da Secretaria dos Direitos Humanos, dos Ministérios da Educação, da Saúde e do Desenvolvimento Social. Esse grupo tinha como objetivo a formulação de um documento técnico de sugestões. Tal documento fora enviado ao Relator do projeto, que acolheu as sugestões proferidas quase na sua totalidade.

No Senado Federal, o texto de autoria de Osmar Terra foi debatido e votado pelo plenário, sendo aprovado por unanimidade no dia 8 de fevereiro. Este foi o primeiro projeto de lei aprovado pelo Senado em 2016, e a sanção, pelo Presidente da República, ocorreu sem nenhum veto.

A aprovação da Lei n.º 13.257, de 2016, reafirma e fortalece o princípio basilar do melhor interesse da criança, já positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente desde 1990. Ainda, apesar de ser um pequeno diploma, a matéria lá positivada é de extrema relevância. Inclusive, em pouco tempo de vigência, a normativa já trouxe significativas mudanças para o cenário atual do ordenamento jurídico.

A promulgação da Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016, representa a consolidação da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, adotada no ordenamento jurídico pátrio, conforme se verifica do art. 227 da Constituição da República e da Convenção de Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e incorporada por meio do Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. [...] Tomando por base a nova realidade familiar do país e a consolidação da inserção da mulher no mercado de trabalho, a lei visa a definir princípios, diretrizes, direitos, programas, serviços e projetos direcionados a crianças de até 72 meses.³⁷

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.998/2013**. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://marcolegalprimeirainfancia.com.br/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

³⁷ CRUZ, *op. cit.*, 2016, p. 16-18.

Vigente no Brasil desde março, a Lei Federal n.º 13.257, que institui o Marco Legal da Primeira Infância, 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 reveste-se de grande importância por ser esse o período da vida em que o ser humano apresenta as condições ideais para o desenvolvimento de inúmeras habilidades, com reflexos também na vida adulta.³⁸

Os argumentos que embasaram essa elaboração legislativa tomam por base a primeira infância como uma fase única da vida. Com isso, levou-se em consideração o respeito e a valorização da família, bem como a educação, a convivência familiar e comunitária. Ainda, a lei visa definir princípios, diretrizes, direitos, programas, serviços e projetos direcionados para atender as necessidades dessas crianças em primeira infância.

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 diz respeito 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.³⁹

Ainda nesse contexto, os argumentos pedagógicos e econômicos também foram considerados, uma vez que a educação infantil é o melhor investimento infantil de curto, médio e longo prazo que um país pode fazer. Além disso, faz-se notório que enquanto algumas crianças dispõem de condições econômicas favoráveis, convivendo em um ambiente estimulante de desenvolvimento, outras não são tão privilegiadas, tendo como consequência a acentuação das diferenças de evolução e aprendizagem.

A Lei n.º 13.257/2016 assegura, dentre várias ações, educação às crianças de zero a seis anos, reafirmando, portanto, o direito já garantido pela Constituição Federal. Na área educacional, a lei reforça a educação infantil como política pública prioritária (art. 5º), inclui a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito e no aprimoramento da garantia da oferta dos serviços (art. 4º), disciplina a expansão da educação para as crianças de zero a três anos, estipula que as instalações educacionais obedeçam aos padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da

³⁸ PARANÁ. Ministério Público. 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, p. 20-28, ago./set. 2016.

³⁹ MACIEL, *op. cit.*, *online*.

Educação, com profissionais qualificados (art. 62) e com currículo e materiais pedagógicos adequados e, também, que o Poder Público organize e estimule a criação de espaços lúdicos em locais onde há circulação de crianças (arts. 16 e 17).⁴⁰

Contudo, a Procuradora de Justiça da Infância e da Juventude, do Ministério Público do Rio de Janeiro, Dra. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade de Maciel⁴¹, ensina que o argumento mais forte e indiscutível para a elaboração do Marco Legal da Primeira Infância é o jurídico, que visa fortalecer o rol dos direitos fundamentais do Art. 227 da Constituição Federal de 1988 e que devem ser assegurados com absoluta prioridade.

Por derradeiro, o argumento mais forte e indiscutível foi o jurídico: fortalecer o rol de direitos fundamentais, insculpidos no art. 227 da CF, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pelos corresponsáveis lá enumerados e que possibilitarão às crianças viverem a infância como valor em si mesmo, ou seja, uma vida plena de criança feliz, em que suas necessidades são atendidas e seus sonhos respeitados, e, de outra parte e na mesma dinâmica, criando condições adequadas para que elas alcancem progressivos graus de desenvolvimento em vista da vida adulta.⁴²

Percebe-se que diante desse rol argumentativo, o objetivo da referida lei foi a oportunidade de melhor atender as necessidades das crianças em período de primeira infância, sobretudo pela importância desse desenvolvimento. Ressalta-se que nessa fase da vida é que se moldam as pilastras que sustentarão a formação da personalidade desses seres humanos e a evolução do seu convívio em sociedade.

Ainda, segundo o Ministério Público do Estado do Paraná, tal apuração encontra escoramento em estudos científicos, pois, segundo pesquisas, é entre os “os 18 meses e os seis anos que o ser humano tem o seu período mais propício para assimilar os conhecimentos relacionados aos símbolos.”⁴³

E ainda, ensina a instituição que “é entre os nove meses e oito anos que a pessoa desenvolve mais a linguagem e entre os quatro e oito anos que mais evolui nas habilidades sociais.”⁴⁴

Por isso, as diretrizes de cuidado e de atenção ao período da primeira infância não foram positivadas por acaso dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deve ao fato de que diante do que mostrou toda a evolução histórica da

⁴⁰ PARANÁ, *op. cit.*, 2016, p. 20-28.

⁴¹ MACIEL, *op. cit.*, *online*.

⁴² *Ibidem*, *online*.

⁴³ PARANÁ, *op. cit.*, 2016, p. 20-28.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20-28.

infância, esse estágio é o de maior sensibilidade nos seres humanos, ou seja, tem-se que as experiências vivenciadas pelas crianças de zero a seis anos vêm, na sua maioria, de estímulos positivos e educacionais, que as acompanharão até a sua vida adulta.

Diante de uma breve análise da legislação em estudo, a Lei da Primeira Infância, tem-se que a novel normativa, em consonância com a sua natureza inovadora, tratou de princípios e de diretrizes para a elaboração e para a execução de políticas públicas voltadas à primeira infância.

A lei *in voga* aduz que as políticas públicas com vistas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas no sentido de atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã, incluindo a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento, bem como respeitando a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças, valorizando a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais, entre outras medidas.⁴⁵

Com isso, passa-se a uma breve exposição sobre as principais mudanças e proteções trazidas pela Lei da Primeira Infância.

No que tange à educação, tem-se a extensão da oferta de educação infantil para crianças de zero a três anos, estipulando-se que as instalações de infraestrutura obedeçam os padrões estabelecidos pelo Ministério da Educação.

Ainda, assegura, dentre várias ações, o direito já constituído na Constituição Federal de 1988, reforçando a área educacional como política pública prioritária, no Art. 5º, bem como inclui a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito e no aprimoramento da garantia da oferta dos serviços.

O Marco Legal também reforça o papel da criança como cidadã, e não mera expectadora de direitos, e fortalece a responsabilização conjunta da família, da sociedade e do Estado pelos cuidados à infância e a garantia, com prioridade, dos direitos infantis. Isso porque é sabido que o 'preparo para o exercício da cidadania' é um dos três pilares dos objetivos contemplados pela Carta da República à Educação. Também, que a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, fixados já no art. 1º da Constituição Federal. Ao sistema educacional, portanto, incumbe essa complexa tarefa de formar cidadãos, ou seja, pessoas efetivamente autônomas, independentes, socialmente atuantes, verdadeiramente emancipadas. Por isso, a necessária interação das políticas públicas, como a saúde, a educação, a assistência, a cultura, dentre tantas outras, diante

⁴⁵ OLIVEIRA, Leonardo Alves. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p. 9-15, ago./set. 2016.

da dimensão do objetivo que se propõe – tornar a criança autora e sujeito de seu próprio destino.⁴⁶

Denota-se que, para que a execução dessas diretrizes elencadas na lei sejam realizadas de forma eficiente e com a qualidade necessária, é de extrema importância que haja qualidade na formação inicial e continuada dos profissionais que as executarão. Por isso, a qualidade e a continuidade da formação profissional tornou-se uma exigência permanente.

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.⁴⁷

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.⁴⁸

Ainda, no que tange à participação citada acima, tem-se que essa participação é assegurada através da escuta da criança também por um profissional qualificado (Art. 4º, Lei n.º 13.257/2016) em formas de expressão infantil. Essa regra é um direito constante da Convenção Dos Direitos da Criança, consagrado no Art. 12 do referido diploma, que dispõe que a criança que estiver capacitada de formular seus próprios juízos tem o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a si relacionados.

Ademais, essa regra encontra-se em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o princípio da manifestação e da participação no Art. 100, inciso XII, porém, restrito a situações específicas em que a criança é convidada a manifestar-se, como por exemplo, na designação de uma família substituta.

⁴⁶ PARANÁ, *op. cit.*, 2016, p. 20-28.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 mar. 2016, p. 1.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 1.

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. [...] 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.⁴⁹

Além disso, tem-se como avanço a ampliação para seis meses de duração da licença-maternidade, por meio da Empresa-Cidadã, e para 20 dias a licença-paternidade, assegurando os mesmos direitos para quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Pais, empregados de empresas cadastradas no Programa Empresa Cidadã (Lei no 11.770/2008), que constituem no Brasil aproximadamente dezesseis mil estabelecimentos, poderão gozar de uma licença-paternidade por mais 15 (quinze) dias além dos 5 (cinco) já previstos constitucionalmente, ou seja, um período de licença remunerada de 20 (vinte) dias, o que será também aplicado à adoção ou situação de obtenção de guarda de menor para fins de adoção.

Claramente acertou o legislador ao preconizar o aumento de período de licença-paternidade em favor dos genitores, uma vez que os primeiros dias de vida de um recém-nascido são os mais delicados, em que o infante possui imensa fragilidade. Muitas vezes, a mãe, por falta de prática ou ausência de auxílio, não domina as técnicas de amamentação, higienização e todos os demais e inúmeros cuidados de que necessita um neonato, motivo pelo qual a presença paterna por 20 (vinte) dias neste cenário é deveras valiosa e de grande ajuda. Ademais, importante frisar que a alteração no regime de licença-paternidade se trata de um direito do pai, mas, ao mesmo tempo, tem como pano de fundo uma garantia à própria criança que acabara de nascer e depende sobre- maneira dos cuidados de sua família.⁵⁰

Destaca-se, ainda, a importância do brincar para garantir um crescimento saudável da criança, estabelecendo que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios se organizam para estimular a criação de espaços lúdicos que propiciem o bem-estar e o brincar em locais públicos e privados, onde haja circulação de crianças e segurança.

E mais, estipula-se que a responsabilidade relativa à primeira infância deve ser compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a garantir o atendimento eficaz.

⁴⁹ BRASIL, *op. cit.*, 1990, p. 18.551.

⁵⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2016, p. 9-15.

Às gestantes e famílias, com crianças de zero a seis anos de idade, tem-se a oferta de orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, alimentação complementar saudável, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, bem como, apoio da União à implementação de serviços de acolhimento em família acolhedora como política pública, os quais terão à disposição equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e adolescentes em residências de famílias selecionados, capacitadas.

Com isso, pode-se citar que a Lei n.º 13.257, de 2016, como a lei mais avançada no mundo sobre políticas voltadas às crianças de até seis anos de idade. O Brasil é o país conhecido internacionalmente por possuir a mais avançada legislação que versa sobre os direitos das crianças e dos adolescentes.

Trata-se, portanto, de uma importante normativa que abarca desde a definição da primeira infância aos princípios e diretrizes para a elaboração e a execução das políticas públicas desembocando na determinação de ações concretas para que assegurem as melhores condições de vida e de desenvolvimento infantil, da gestação até os seis anos de vida.

2.2 Investindo na primeira infância: desenhando um futuro melhor

O propósito do investimento na primeira infância vai muito além das preocupações tradicionais pertinentes aos seres que não têm capacidade de cuidar de si próprios. São preocupações que fogem da ingenuidade e da vulnerabilidade infantil.

O investimento nesse período motiva-se pela comprovação de que uma criança bem educada, com oportunidade de cuidados desde a sua concepção, torna-se o instrumento vital para promover na sociedade maiores índices de qualidade de vida.

Os estudos realizados com seres humanos e animais proporcionam evidências substanciais dos efeitos da nutrição e da experiência nos primeiros anos de vida sobre o desenvolvimento cerebral e a competência, as habilidades de enfrentamento, o comportamento e a saúde, em estágios posteriores da vida (Acheson, 1998; Gunnar, 1998; Hales, 1997; Keating & Hertzman, 1999; Lucas, Morley & Cole, 1998; McCain & Mustard, 1999; McEwen, 1998; Meaney e outros, 1996; Se- lye, 1936, 1976; Suomi, 1997). Os novos conhecimentos a respeito do desenvolvimento do cérebro no início da vida e seus efeitos sobre todos os aspectos da função corporal, através de circuitos que envolvem os sistemas endócrinos, o sistema

imunológico e os processos mentais, estão proporcionando indícios sobre outros circuitos biológicos (Francis et al., 1999; Gunnar, 1998; Keating & Hertzman, 1999; McEwen, 1998). As evidências biológicas corroboram a hipótese de que o desenvolvimento cerebral na primeira infância é um fator que influencia a saúde, a aprendizagem e o comportamento durante todo o ciclo da vida.⁵¹

Por ser um período em que ocorre uma rápida evolução afetiva, cognitiva, linguística, social e físico-motora que dará origem à promoção harmoniosa do sujeito na vida adulta, esse estágio é considerado a etapa mais sensível do desenvolvimento humano. Portanto, necessita de total atenção por parte da instituição familiar e social para que haja êxito na formação dessa criança como ser humano adulto.

Pode-se citar como exemplo os bebês, de zero a três anos de idade, que desde muito cedo se desenvolvem num dinâmico aprendizado. Aprendendo com o mundo que os cerca, mesmo sem falar, podem manifestar seus desejos e necessidades. Isso posto, fato é que o progresso do comportamento humano inicia-se de imediato com a sua concepção.

Nesse sentido, Arthur T. Jersild ensina que:

O nascimento é a chegada de um ser humano que, quarenta semanas antes, não passava de uma única célula. Esse ser parece desamparado, e muito dos seus atos dão a impressão de não ter objetivo. Rapidamente, porém, vê-se ele a braços com a vida. Em breve, seus movimentos estarão configurados em numerosas habilidades. Dentro de semanas, ou mesmo de horas, mostrará ele características que o identificam como personalidade ímpar, diferente de todas as demais pessoas. Em um ou dois anos, estará apto a falar. Como ser social, não tardará a ficar profundamente envolvido nos destinos de seus semelhantes.⁵²

E ainda, essa afirmação é reforçada pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária:

O desenvolvimento integral da criança começa antes mesmo do seu nascimento. O desejo dos pais de a conceberem, as condições físicas, nutricionais e emocionais da gestante e as reações da família extensa e

⁵¹ MUSTARD, J. Fraser. Os benefícios do investimento na Primeira Infância: o desenvolvimento da primeira infância e o cérebro – a base para a saúde, o aprendizado e o comportamento durante a vida toda. In: YOUNG, Mary Eming (Org.) **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano**: investindo no futuro de nossas crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010, p. 25-66.

⁵² JERSILD, Arthur T. **Psicologia da Criança**. Tradução de Marta Botelho Ede e Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1967, p. 13.

amigos frente à concepção, influenciarão o desenvolvimento do feto e as primeiras relações do bebê. O período de gestação é uma importante etapa de preparação da família, para assumir os novos papéis, que serão socialmente construídos, e adaptar-se às mudanças decorrentes da chegada do novo membro. Também o ambiente precisará ser adaptado para a recepção e o acolhimento da criança.⁵³

Como visto, o ser humano, enquanto recém-nascido ou enquanto criança, já está fadado ao trânsito de aprendizados, emoções e sensações. Esse fluxo, juntamente com outros, influenciam a maneira com a qual ele comporta-se e a maneira com a qual ele irá comportar-se a longo prazo dentro das suas instituições bases, qual sejam, família e sociedade.

O desenvolvimento da criança pode tomar uma direção sadia ou doentia, e também a sociedade onde vive pode ser sadia ou doentia. Predomina o estado de sanidade, quando a sociedade, combinada com o impulso do próprio crescimento da criança, a ajuda a realizar suas potencialidades.⁵⁴

Nos primeiros anos de vida, a criança faz aquisições importantes, desenvolvendo comportamentos dos mais simples aos mais complexos – diferenciação e construção de seu 'eu', desenvolvimento da autonomia, da socialização, da coordenação motora, linguagem, afeto, pensamento e cognição, dentre outros. Sua capacidade de explorar e relacionar-se com o ambiente será gradativamente ampliada. A interação com adultos e outras crianças e o brincar contribuirão para o processo de socialização, ajudando-a a perceber os papéis familiares e sociais e as diferenças de gênero, a compreender e aceitar regras, a controlar sua agressividade, a discernir entre fantasia e realidade, a cooperar, a competir e a compartilhar, dentre outras habilidades importantes para o convívio social.⁵⁵

Nesse viés, tem-se que as experiências vividas na primeira infância influenciam e proporcionam a base para o resto da vida da criança, como adolescente e como adultos. A atenção com a infância nessa etapa da vida, além de refletir na alta taxa de qualidade de vida no futuro, ajudará a criar uma sociedade melhor, com mais qualidade de vida social e profissional.

Por isso, as primeiras experiências infantis devem ser calcadas sob estímulos positivos, pois, ao estimular o desenvolvimento inicial das crianças, tem-se uma evolução afirmativa para o progresso físico, cognitivo, emocional e social futuro,

⁵³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

⁵⁴ JERSILD, *op. cit.*, 1967, p. 25.

⁵⁵ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

fazendo com que elas compreendam desde cedo o seu real potencial e assim, formando a base da sua essência.

Estudos não invasivos recentes sobre o desenvolvimento do cérebro humano demonstram que algumas estruturas se desenvolvem antes que outras e que o desenvolvimento cerebral é mais ativo nos primeiros anos de vida. [...] Entretanto, evidências de estudos a respeito do efeito das experiências do início da vida sobre o desenvolvimento e a regulação do circuito CRH-HPA e dos níveis de cortisol indicam que um ambiente inicial pobre pode conduzir a uma regulação deficiente do cortisol. O que, por sua vez, pode afetar negativamente o desenvolvimento, a função e a regeneração do hipocampo durante a vida toda.⁵⁶

As crianças que se desenvolvem compreendendo o seu real potencial de capacidade de aprendizagem e de formação de vínculo como ser humano tendem a ter maior capacidade cognitiva, atingindo um melhor nível de escolaridade e de profissionalização, do que aquelas que têm o seu desenvolvimento calcado sob turbulências emocionais, violentas e separação de seus pais.

A maior taxa de retorno do desenvolvimento na primeira infância ocorre quando se investe o mais cedo possível, desde o nascimento até os cinco anos de idade, em famílias carentes. Começar na idade de três ou quatro anos é um pouco tarde demais, pois significa não reconhecer que habilidades geram habilidades de uma forma complementar e dinâmica. Os esforços devem se concentrar nos primeiros anos em busca de maior eficiência e eficácia. O melhor investimento é na qualidade do desenvolvimento na primeira infância, desde o nascimento até os cinco anos, para crianças carentes e suas famílias.⁵⁷

Jean-Jacques Rousseau, no seu tratado sobre educação, “Emílio, ou da Educação”, argumenta que a infância é uma etapa que possui peculiaridades e, por isso, é necessário que seja estudada com cuidado, pois a criança precisa ser respeitada em seu próprio mundo. Para o autor, o período do nascimento até os doze anos de idade é um período complicado e que, se não for tratado de forma adequada, pode gerar riscos para o desenvolvimento na infância.

O mais perigoso intervalo da vida humana é o que vai do nascimento até a idade dos doze anos. É o tempo que germinam os erros e os vícios, sem que tenhamos ainda algum instrumento para destruí-los. E, quando chega o

⁵⁶ MUSTARD, *op. cit.*, 2010, p. 25-66.

⁵⁷ HECMAN, James. **Investir no Desenvolvimento na Primeira Infância**: reduzir déficits, fortalecer a economia. Publicado em: jan. 2017. Disponível em: <https://heckmanequation.org/assets/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

instrumento, as raízes são tão profundas, que já não é tempo de arrancá-las.⁵⁸

O desenvolvimento na primeira infância e o desenvolvimento humano estão intimamente ligados. Jacques Van Der Gaag⁵⁹ diferencia o desenvolvimento na primeira infância como sendo aquele referente à combinação do desenvolvimento físico, mental e social nos primeiros anos de vida, explicando que os programas de cuidado para essa fase incluem intervenções para melhorar a nutrição, a saúde, o desenvolvimento cognitivo e a interação social das crianças.

Já o desenvolvimento humano é calcado sob dimensões similares, mas referem-se à educação, saúde, nutrição, desenvolvimento social e crescimento em uma escala nacional. O autor, ainda, observa que o desenvolvimento na primeira infância é o ponto de partida natural para a elaboração desses programas e para as políticas públicas que os estruturam, demonstrando que o desenvolvimento inicial da criança é um poderoso investimento no futuro.

Experimentos sociais epidemiológicos aleatórios, estudos longitudinais e observação de populações indicam como as experiências iniciais da vida afetam a saúde, a aprendizagem e o comportamento de uma criança. O desenvolvimento inicial dependente da experiência é influenciado pela nutrição, pela capacidade dos pais e por outros fatores que favorecem o desenvolvimento da primeira infância. Os estudos demonstram claramente o valor e o benefício de bons programas de DPI envolvendo os pais.⁶⁰

Percebe-se, ainda, que nesse período são iniciados e estabelecidos os padrões de comportamento, competência e aprendizagem. Mary Eming Young⁶¹ disserta que, além desses padrões, desenvolvem-se na primeira infância modificações de herança genética pelos fatores socioambientais. Ainda, observa sobre a rapidez do crescimento das células cerebrais, alertando que o não desenvolvimento dessas áreas afeta a saúde física e mental na aprendizagem e o comportamento durante a vida toda.

⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da Educação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 96.

⁵⁹ GAAG, Jacques Van Der. Do desenvolvimento da criança ao desenvolvimento humano. *In*: YOUNG, Mary Eming (Org.). **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano**: investindo no futuro de nossas crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010, p. 67-83.

⁶⁰ MUSTARD, *op. cit.*, 2010, p. 25-66.

⁶¹ YOUNG, Mary Eming. Introdução e Visão Geral. *In*: _____ (Org.). **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano**: investindo no futuro de nossas crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010, p. 1-21.

Os primeiros anos de vida de uma criança são de fundamental importância, pois eles proporcionam a base para o resto da vida, como adolescente e como adulto. As crianças que são bem cuidadas podem viver bem e criar sociedades melhores para todos. Sim, as crianças são o nosso futuro e investindo nelas em seus primeiros anos estaremos investindo no desenvolvimento humano e econômico de todos. [...] As intervenções e os programas de DPI oferecem fundamentalmente a todas as crianças uma oportunidade justa de competir e obter sucesso na vida. Eles ajudam a garantir que a competição seja justa para todas as crianças, proporcionando as ferramentas e a capacitação de que necessitam para irem em frente.⁶²

Portanto, o sucesso nesse período impulsiona o desenvolvimento de uma estrutura física e emocional mais apta para enfrentar as dificuldades futuras, preparando a criança para obter maior sucesso na vida escolar e, a longo prazo, na vida adulta. Além disso, as experiências positivas podem diminuir a ocorrência de sérias doenças, como a obesidade, a diabetes e ainda aumentar os níveis de educação, evitando a evasão escolar.

Ainda, o impacto social também será favorável, pois haverá a redução da criminalidade, da violência, do índice de pobreza e das desigualdades, ajudando a promover a cidadania.

A importância desse desenvolvimento é que, caso haja incapacidade de desenvolver essas habilidades, muitas vezes, a longo prazo, podem ser gerados efeitos irreversíveis sobre o nível de escolaridade, a saúde, a fertilidade, que mais tarde resultarão em custos significativos para o indivíduo e para a sociedade.

A primeira infância é um período altamente sensível, marcado por rápidas transformações no desenvolvimento físico, cognitivo, social e emocional. A subnutrição, carência de cuidados e tratamento inadequado são profundamente prejudiciais às crianças pequenas, com repercussões frequentemente sentidas nos futuros anos de vida adulta. Uma criança que recebe cuidados extremamente insuficientes [...] provavelmente sofrerá atrasos em seu desenvolvimento, os quais dificilmente serão recobrados mais tarde. Programas adequados podem incrementar 15 significativamente o bem-estar das crianças pequenas durante os anos de formação, além de complementar o cuidado recebido no lar.⁶³

Conforme o Relatório Número 22841-BR/2002 do Banco Mundial, Desenvolvimento da Primeira Infância: foco sobre o impacto das pré-escolas⁶⁴,

⁶² YOUNG, *op. cit.*, 2010, p. 1-21.

⁶³ UNESCO. **Bases sólidas**: educação e cuidados na primeira infância; relatório de monitoramento global de educação para todos – EPT, 2007. Brasília: UNESCO, 2007, p. 23.

⁶⁴ BANCO MUNDIAL. **Brasil Desenvolvimento da Primeira Infância**: foco sobre o impacto das pré-escolas. Brasília: Banco Mundial, 2002. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186326902607/08Portugues.pdf>>. Acesso em: 16 maio. 2017.

deve-se priorizar os serviços infantis que desenvolvam o crescimento físico e intelectual nas crianças em seus primeiros anos de vida. Como exemplo, pode-se citar creches, pré-escola, serviços de saúde, nutrição e educação dos pais. Ainda, o relatório elucida os benefícios obtidos por experiências internacionais de intervenção educativa precoce.

O termo 'desenvolvimento da primeira infância' inclui os serviços devotados ao crescimento físico e intelectual de crianças em seus primeiros anos de vida (0 a 6 anos). Estes serviços incluem creches, pré-escolas, visitas domiciliares por profissionais treinados, serviço de saúde e nutrição e educação dos pais. Intervenções importantes são vista no início de vida são vistas como pequenos investimentos que geram altos retornos no bem-estar físico, mental e econômico durante a vida da criança e do adulto. As pesquisas também demonstram que as intervenções precoces são especialmente benéficas para crianças carentes.⁶⁵

O relatório alerta sobre a importância do desenvolvimento da primeira infância, demonstrando que a experiência internacional atingiu os seguintes benefícios: melhor nutrição e saúde (Colômbia e Bolívia); índices de inteligência mais altos (Jamaica, Colômbia, Peru e Turquia); e maior participação de mulheres na força de trabalho (Rio de Janeiro, Brasil).

Quanto ao desenvolvimento adequado da educação, o Guia para a Discussão de Políticas e a Preparação de Projetos de Desenvolvimento da Primeira Infância, elaborado por Sophie Naudeau, Naoko Katoaka, Alexandria Valerio, Michelle Neuman e Leslie Kennedy⁶⁶, ensina que “prontidão escolar” diz respeito ao momento em que uma criança está preparada para aprender e obter sucesso na vida escolar.

Ressalva que de um modo crescente, as pesquisas têm demonstrado que a prontidão escolar das crianças não depende exclusivamente das suas habilidades cognitivas ao iniciarem a vida escolar primária, mas que dependem também da sua saúde física, mental, emocional e da capacidade de interação com outras pessoas. Ainda, pesquisas tem demonstrado que a capacidade cognitiva é fortemente afetada pela qualidade do ambiente familiar e pela quantidade de estímulos que as crianças estão expostas desde o seu nascimento.

No Brasil, as políticas de atenção à primeira infância permeiam o investimento realizado na educação infantil. A Carta de 1988 declara que a educação é um

⁶⁵ BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, 2002, *online*.

⁶⁶ NARDEAU, Sophie [*et al.*]. **Como investir na primeira infância**: um guia para a discussão de políticas e a preparação de projetos de desenvolvimento da primeira infância. São Paulo: Singular, 2011, p. 13-22.

direito e a sua garantia é um dever do Estado e da família. Já a Lei de Diretrizes Bases (Lei nº 9.394/96) incorporou oficialmente a Educação Infantil como primeira etapa da Educação Básica, promovendo a valorização de práticas educativas.

James Hackman, Doutor em Economia pela Universidade de Princeton, explana que cada dólar gasto na educação de uma pessoa significa que ela terá uma produção de mais ou menos 10 centavos a mais por ano ao longo de toda a sua vida.

Ressalta-se, dessa forma, que não existe melhor investimento do que conduzir o dinheiro para a educação infantil e para ações que visem assegurar as necessidades peculiares das crianças em seus primeiros anos de vida. Conclui-se, diante disso, que o retorno econômico à sociedade representa, além do desenvolvimento saudável e em ambiente humanitário, o melhor retorno positivo que o investimento na primeira infância pode proporcionar à população.

2.3 O Marco da Primeira Infância e os seus reflexos no Processo Penal

O Marco Legal da Primeira Infância veio estabelecer princípios e diretrizes para a formulação de implementação de políticas públicas para a primeira infância, e visando assegurar melhores condições para o convívio familiar, alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal traz, em seu Art. 6º, um rol exemplificativo de diligências investigatórias que poderão ser adotadas pela autoridade policial ao tomar conhecimento de um fato delituoso. Algumas dessas diligências têm caráter obrigatório e outras, no entanto, têm a sua realização condicionada à discricionariedade da autoridade policial.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de

vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. 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 presa⁶⁷

Dentre as mudanças efetuadas, está a obrigação das autoridades perguntarem sobre a existência de filhos aos acusados, se afirmativa a resposta, questionarem sobre a sua idade e pessoa responsável e ainda, averiguarem a situação dos filhos menores das pessoas presas. Esse registro deve constar no auto de prisão em flagrante.

Esse dispositivo sobredito, com a entrada em vigor da Lei n.º 13.257/2016 sofreu alteração legislativa e passou a contar com o inciso X que estabeleceu mais essa obrigação ao Delegado de Polícia.

Além disso, o Art. 304 do mesmo diploma legal, que versa sobre a prisão em flagrante, também foi modificado para que esta informação sobre a existência de filhos colhida pelo Delegado agora conste expressamente do auto.

Isso posto, foi incluído o parágrafo 4º no Art. 304, que dispõe que 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 do contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos indicado pela pessoa presa.

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. § 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

⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941, p. 19699, ret. 24 out. 1941, p. 20449. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 maio 2017: art. 185.

contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.⁶⁸

De igual forma, o Art. 185 do Código de Processo Penal também sofreu modificação. Agora, passa a ser obrigação do magistrado, durante o interrogatório judicial, averiguar se o réu possui filhos e quem está responsável por seus cuidados.

Sendo assim, a Lei n.º 13.257, de 2016, incluiu o parágrafo 10 no respectivo artigo, dispondo que do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência, além do nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados, indicado pela pessoa presa.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que

⁶⁸ BRASIL, *op. cit.*, 1941, p. 19699: art. 304.

esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. § 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.⁶⁹

Trata-se, portanto, de um novo questionamento obrigatório a ser formulado pelo magistrado durante o interrogatório.

Caso o Delegado de Polícia ou o Juiz saibam que os filhos menores da pessoa presa estejam em situação de risco, deverão, imediatamente, encaminhá-lo para o programa de acolhimento familiar ou institucional.

Por fim, a alteração legislativa mais sensível, no entanto, refere-se ao acréscimo das causas que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, constantes do Art. 318 do Código de Processo Penal.

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade deverá, entre outras medidas, colher informações sobre a existência de filhos e fazer constar tais informações no auto de prisão de flagrante, respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicados pela pessoa presa, sendo que o mesmo procedimento se adota em juízo quando o acusado comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, durante o seu interrogatório.

Essas anotações fazem-se necessárias para que o juízo, conforme o Marco Legal da Primeira Infância, possa verificar os requisitos para substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

A Lei n.º 13.257, de 2016, em atenção à peculiaridade e à importância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento humano, dilatou o rol de hipóteses legais que permitem o cumprimento da prisão preventiva sob a forma de prisão domiciliar, alterando o inciso IV do Art. 318, a interpretação do inciso II e acrescentando os incisos V e VI.

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; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até**

⁶⁹ BRASIL, *op. cit.*, 1941, p. 19699: art. 185.

12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.⁷⁰

O dispositivo acima inova, trazendo a possibilidade de assegurar ao indiciado, se mulher com filho até doze anos de idade incompletos ou homem, caso esse seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade, também incompletos, gozar de um regime de segregação mais benéfico, em prol do desenvolvimento dos filhos.

Na redação antiga do referido artigo exigia-se que a mulher estivesse no sétimo mês de gestação para fazer jus ao benefício. Essa condição não mais figura como essencial, pois uma vez presa preventivamente e comprovada a gravidez, seja qual for o tempo de gestação, entende-se que a prisão domiciliar apresenta-se como um direito subjetivo.

Parece-nos óbvio que o legislador ordinário pretende, com a inclusão deste direito ao indiciado, manter a criança em idade de primeira infância (e até os doze anos) em constante convívio com o(a) genitor(a), haja vista a dificuldade de se manter um contato regular quando a pessoa está segregada do convívio social em uma cadeia ou presídio. Não se pode olvidar que, como dito alhures, o legislador caminhou no sentido de privilegiar o menor com até 12 (doze) anos que está sob os cuidados da mãe ou do pai exclusivamente, uma vez que o convívio familiar das crianças é um dos grandes princípios garantidos pelo ECA e pela Lei de Políticas Públicas para Primeira Infância, ora analisada. Assim, a intenção da lei é, novamente, pensando no desenvolvimento daquele menor, garantir que os laços afetivos e de cuidado entre pais e filhos não se percam pelo distanciamento de uma prisão preventiva (que, em muitos casos, dada a realidade processual/judiciária do País, pode durar muito tempo, até anos).⁷¹

Percebe-se, portanto, que a intenção do legislador ordinário com a inclusão desse direito ao indiciado, de garantir o direito à convivência familiar, mantendo a criança em idade de primeira infância (e até os dozes anos de idade) com os genitores.

⁷⁰ BRASIL, *op. cit.*, 1941, p. 20449.

⁷¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2016, p. 9-15.

3 A PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA LEI DA PRIMEIRA INFÂNCIA

3.1 Primeira infância e o direito à convivência familiar e comunitária

Especialmente no final do século XX e no início do século XXI, entende-se indispensável novas compreensões acerca do papel da família, dos vínculos significativos e das especificidades dos primeiros anos de vida das crianças. Diante disso, exige-se do Estado novas medidas e respostas para a proteção infantil referente ao convívio familiar.

Para as crianças de zero a seis anos, a família é o âmago fundamental de referência, proteção e de relação afetiva. O impacto que ocorre nessa etapa da vida tem importante consequência na condição de saúde, desenvolvimento afetivo e cognitivo, podendo influenciar na vida adulta dessas crianças.

A família é o principal núcleo de referência e socialização da criança de 0 a 6 anos. Os cuidados, a proteção e a relação afetiva estabelecida com a família nessa etapa têm impacto importante sobre sua condição de saúde, desenvolvimento afetivo e cognitivo e as aquisições próprias desta faixa etária, podendo influenciar, ainda, as demais etapas do ciclo vital. É por intermédio da família que a criança experimenta e reconhece os papéis sociais e inicia os contatos e as interações com o meio, a cultura, a comunidade e as instituições sociais. Dessa forma, as experiências de segurança, afeto e proteção vivenciadas nas relações familiares na primeira infância contribuirão para a construção da identidade e de outros vínculos significativos ao longo da vida, para a socialização, participação na sociedade e para o desenvolvimento da autoestima, da autonomia e da capacidade de resiliência, ou seja, de enfrentamento de situações adversas (BOLWBY, 1988; 1997).⁷²

Esse período da primeira infância giza-se por uma etapa de extrema sensibilidade na criança já que o desenvolvimento ocorre de forma célere. É por intermédio da família que se dá o experimento e o reconhecimento dos papéis em sociedade. Dessa forma, as experiências de segurança, afeto, proteção adequada, irão contribuir para a formação de vínculos saudáveis ao longo da vida, além de auxiliar no desenvolvimento da personalidade.

⁷² MELO, Ana Angélica Campelo de Albuquerque [et al.]. O direito à convivência familiar e comunitária: apontamentos sobre a trajetória brasileira e reflexões sobre as especificidades da primeira infância. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília: Congresso Nacional, 2016, p. 244-256.

Além disso, fato é que o desenvolvimento integral da criança começa antes mesmo do seu nascimento. Apesar de ocorrer de forma imperceptível, é desde o desejo dos pais de conceberem seus filhos até as condições emocionais da gestante e as relações da família extensa com os genitores que influenciarão o desenvolvimento do feto e as primeiras reações do bebê aos nascer. O período de gestação é uma importante etapa de preparação da família para assumir novos compromissos.

Assim, torna-se básica a premissa de que as primeiras experiências infantis devem ser calcadas sob segurança, proteção, vínculos e estímulos positivos. Todos esses cuidados devem ser vivenciados em harmônica sintonia entre o convívio e a proximidade familiar.

As ciências que cuidam de estudar a mente humana, tais como a psicologia, a sociologia e a criminologia percorrem cada vez mais no sentido de afirmar que o meio é que dá feições à alma e a personalidade humana. Percebe-se diante de tal constatação a importância da manutenção do vínculo da convivência familiar.

A convivência familiar⁷³ é o alicerce da realização da humanidade na sociedade, além de alicerçar a formação da personalidade das crianças em desenvolvimento.

O direito à convivência familiar é fundamental no desenvolvimento físico e moral das crianças e dos adolescentes, pois a família é o primeiro contato do ser humano com a organização social. É desde o nascimento do bebê que a família torna-se o principal núcleo de socialização da criança. Além disso, é do relacionamento familiar que eles aprendem os ensinamentos que refletirão no comportamento dentro da sociedade civil.

O desenvolvimento da criança e, mais tarde, do adolescente, caracteriza-se por intrincados processos biológicos, psicoafetivos, cognitivos e sociais que exigem do ambiente que os cerca, do ponto de vista material e humano, uma série de condições, respostas e contrapartidas para realizar-se a contento. O papel essencial desempenhado pela família e pelo contexto sócio-comunitário no crescimento e formação dos indivíduos justifica

⁷³ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário.** 2011. 260f. Tese (Doutorado em Direito Civil)—Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Civil. São Paulo, 2011, p. 112: “Segundo dicionários da língua portuguesa, a convivência é definida como: “sf (convivente+tia) 1. Ação ou efeito de conviver. 2. Familiaridade, intimidade. 3. Reunião de pessoas que convivem na mais estreita harmonia.” Ou, ainda, “ato ou efeito de conviver. 1. vida em comum; contato diário ou frequente 2. intimidade, familiaridade 3. coexistência harmoniosa 4. existência próxima e simultânea”. A sinonímia é a de familiaridade.”

plenamente o reconhecimento da convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente.⁷⁴

Não à toa, ao lado do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade e à liberdade, a Carta de 1988 define o direito à convivência familiar e comunitária como fundamental.

O Art. 227 da Constituição Federal de 1988 assegura o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. Esse direito constitui-se em direito fundamental, de modo que as disposições de ordem internacional, como a Carta de Direitos da Criança das Organizações Unidas (ONU), dá especial atenção ao fato de que a criança merece desenvolver-se no seio familiar, onde haja amor e outros elementos essenciais para garantir o seu desenvolvimento físico, psíquico e moral.

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.⁷⁵

Também, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), firmando o paradigma de reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em desenvolvimento, voltando-se ao fato de sua proteção, eleva o patamar de direitos à convivência familiar e comunitária no ordenamento jurídico brasileiro.

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.⁷⁶

Essa transformação de paradigma transportou uma alteração na visão do Estado não apenas referente à criança e ao adolescente, mas também na visão em relação às famílias. A normativa desse direito na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente acalorou a discussão e a realização de estudos dentro da sociedade civil sobre a importância da aplicação desse direito.

⁷⁴ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

⁷⁵ BRASIL, *op. cit.*, 1988, p. 1.

⁷⁶ BRASIL, *op. cit.*, 1990, p. 18.551.

Em dezembro de 2006, no Brasil, foi aprovado o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária⁷⁷. O Plano impulsionou o debate em âmbito nacional, reafirmando o direito à convivência familiar e comunitária.

Logo de início, na apresentação do Plano, visualiza-se a sua natureza como um marco nas políticas públicas a serem implementadas no Brasil, com o objetivo de fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este Plano constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A manutenção dos vínculos familiares e comunitários – fundamentais para a estruturação das crianças e adolescentes como sujeitos e cidadãos – está diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família. Com esta iniciativa, reconhecemos a importância da mobilização de Estado e sociedade para que as crianças e os adolescentes sejam vistos de forma indissociável de seu contexto familiar e comunitário. No entanto, no processo de formulação e implementação das políticas orientadas pelo Plano, não podemos perder de vista a importância das ações transversais e intersetoriais dentro do poder público e da articulação com a sociedade. As crianças e adolescentes não são fragmentadas e portanto devemos sempre pensar no seu atendimento humano integral, por meio de políticas públicas articuladas com vistas à plena garantia dos direitos e ao verdadeiro desenvolvimento social.⁷⁸

Percebe-se, diante disso, a necessidade da mobilização do Estado e da sociedade para que as crianças não sejam dissociadas do seu contexto familiar. E mais, a necessidade da manutenção desse vínculo como fator-chave para o desenvolvimento humano.

Isso posto, tem-se que as diretrizes e os objetivos constantes no Plano são fundamentos de prevenção de rompimento dos vínculos familiares, pois sabe-se que a separação da família e a ausência de vínculos afetivos significativos, bem como de proteção, cuidado e proximidade, constituem fatores de risco ao desenvolvimento da criança.

Estudos de Spitz mostram, inclusive, que a privação de cuidados e de relações afetivas significativas no primeiro ano de vida podem gerar intenso

⁷⁷ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

⁷⁸ *Ibidem.*

sofrimento, adoecimento e até mesmo a morte da criança, o que o autor denominou de 'Síndrome do Hospitalismo' (SPITZ, 2000). Quando as crianças são criadas na completa ausência da mãe, numa instituição em que os cuidados lhes são dispensados de forma anônima e sem o estabelecimento de um laço afetivo, verificam-se os distúrbios graves que Spitz agrupou sob o nome de hospitalismo: atraso do desenvolvimento corporal, do domínio manipulatório, da adaptação ao meio, da linguagem; menor resistência a doenças e, nos casos mais graves, marasmo e morte.⁷⁹

Ainda, denota-se que são nos primeiros anos de vida que a criança faz aquisições importantes para o seu comportamento futuro, desde o desenvolvimento mais simples aos mais complexos. O convívio com os adultos e outras crianças da mesma faixa etária serve de contribuição para o processo de socialização e de percepção dos papéis familiares e sociais. Além do mais, auxilia no controle comportamental como o de compreensão de regras, agressividade, discernimento entre a fantasia e a realidade e de compartilhamento.

Portanto, na formação e na compreensão de habilidades importantes para o convívio social, a família tem papel essencial junto ao desenvolvimento da socialização da criança em primeira infância, pois é ela quem medirá sua relação com o mundo e contribuirá para o desenvolvimento natural e saudável, possibilitando que essa criança torne-se indivíduo capaz de enfrentar e superar condições adversas no futuro.

Independentemente de sua orientação teórica, especialistas em desenvolvimento humano são unânimes em destacar a importância fundamental dos primeiros anos de vida, concordando que o desenvolvimento satisfatório nesta etapa aumenta as possibilidades dos indivíduos de enfrentarem e superarem condições adversas no futuro, o que se denominou resiliência. A segurança e o afeto sentidos nos cuidados dispensados, inclusive pelo acesso social aos serviços, bem como pelas primeiras relações afetivas, contribuirão para a capacidade da criança de construir novos vínculos; para o sentimento de segurança e confiança em si mesma, em relação ao outro e ao meio; desenvolvimento da autonomia e da autoestima; aquisição de controle de impulsos; e capacidade para tolerar frustrações e angústias, dentre outros aspectos.⁸⁰

Ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário, traz em seu preâmbulo que as crianças têm direitos e assistências especiais e que, a família, como grupo fundamental da sociedade, é essencial para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, principalmente aquelas em período de infância.

⁷⁹ SPITZ, 2000, *apud* MELO, *op. cit.*, 2016, p. 244-256.

⁸⁰ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; [...].⁸¹

Esse documento internacional foi ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e possui papel superior na garantia de direitos das crianças e dos adolescentes. Além disso, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança garante as duas maiores prerrogativas que a sociedade civil e o Estado devem conferir às crianças e ao adolescente para atuar sobre a proteção dos seus Direitos Humanos: cuidados e responsabilidades.

Regulamentando os princípios da não discriminação, do interesse superior da criança, dos direitos à sobrevivência e ao desenvolvimento, e ao respeito da opinião da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o papel da família na vida infantil como elemento imprescindível dentro do processo de proteção integral.

No que tange ao direito à convivência familiar e comunitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu Art. 19 que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família, excepcionando a família substituta, mas sempre assegurando a convivência familiar e comunitária.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.⁸²

⁸¹ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre Direito das Crianças. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990, p. 22256. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁸² BRASIL, *op. cit.*, 1990, p. 18.551. A título de curiosidade, destaca-se que o referido artigo também sofreu alterações com a vigência da Lei da Primeira infância, Lei n.º 13.257, de 2016. O referido dispositivo legal, que abre o capítulo destinado a regulamentar o exercício do “direito à convivência familiar” por parte de crianças e adolescentes, em sua redação original continha, ao final, a expressa menção que isto deveria se dar “[...] em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Não curiosamente a Constituição Federal de 1988 trouxe a família como a instituição basilar da sociedade civil⁸³, sendo, portanto, um dever do Estado a garantia e a promoção da proteção dessa instituição.

Giselle Câmara Groeninga⁸⁴ ensina que o conceito de família deve ser encarado juntamente com dois grandes eixos basilares da sua definição, qual seja o Direito e a Psicanálise.

Segundo a autora, o psiquismo humano é o que torna as pessoas dependentes, principalmente na questão afetiva. E como percebe-se, o afeto, a intimidade e a relação constante com os genitores dentro da convivência familiar são fundamentais para o desenvolvimento saudável das crianças em período de primeira infância.

A finalidade da família é a de proteção física e psíquica, dada pela qualidade de desamparo inerente ao ser humano. Este necessita da ajuda do outro por mais tempo para sua sobrevivência, de maneira diversa de outras espécies animais. Juntamente com a dependência biológica, desenvolve-se o psiquismo. A isso diz respeito a função materna, a qual se somará a função paterna. Assim, os humanos agregam à dependência biológica a dependência psíquica, fator essencial de sua constituição física e mental. O ser humano se funda nos relacionamentos familiares e nas formas de convivência.⁸⁵

Giza-se que o conceito de família, na ideia contemporânea, deixou de ser biológico, patrimonial e autoritário e passou a basear-se na afetividade, fazendo com que o crescimento infantil dentro dos relacionamentos familiares fosse indispensável para o desenvolvimento das crianças.

Entretanto, a definição legal não supre a necessidade de se compreender a complexidade e riqueza dos vínculos familiares e comunitários que podem ser mobilizados nas diversas frentes de defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Para tal, torna-se necessária uma definição mais ampla de 'família', com base sócio-antropológica. A família pode ser pensada como um grupo de pessoas que são unidas por laços de consanguinidade, de aliança e de afinidade. Esses laços são constituídos por representações, práticas e relações que implicam obrigações mútuas. Por sua vez, estas obrigações são organizadas de acordo com a faixa etária, as relações de geração e de gênero, que definem o status da pessoa dentro do sistema de relações familiares.⁸⁶

⁸³ BRASIL, *op. cit.*, 1988, p. 1. Art. 226. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

⁸⁴ GROENINGA, *op. cit.*, 2011, p. 35.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁶ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

Maria Berenice Dias⁸⁷ ensina que esses vínculos afetivos desenvolvidos no seio familiar existem desde sempre entre os seres vivos, ou seja, não é uma prerrogativa da espécie humana. Com isso, percebe-se que desde os primórdios a convivência familiar fez-se importante na instituição família, seja qual for o seu formato.

Ressalta-se que é no bojo do grupo familiar que se desenvolvem os principais vínculos dos seres humanos. Nesse convívio forma-se a base estrutural emocional e psíquica que serve de estrutura para a vida adulta. Esse vínculo afetivo promovido pela convivência familiar torna-se essencial no período da primeira infância em virtude da importância desse estágio.

Finalmente, a família tem importância tal que permanece viva, como realidade psicológica, ao longo de todo o ciclo vital do indivíduo, ainda que sentida como falta. Ao longo de sua vida, cada pessoa retornará inúmeras vezes às lembranças das experiências vividas com a família na infância, na adolescência, na vida adulta e na velhice. Os aspectos aqui abordados têm como objetivo fundamentar o direito à convivência familiar, bem como o princípio da excepcionalidade e da provisoriedade da medida protetiva de abrigo. Quando a separação da família e do contexto de origem for necessária, um cuidado de qualidade deve ser prestado à criança ou ao adolescente, enquanto a integração à família definitiva (de origem ou substituta) não for viabilizada.⁸⁸

Com isso, nos primeiros cinco anos e, principalmente, no primeiro ano de vida, as crianças são extremamente vulneráveis à separação de sua família, de seus genitores e do seu ambiente doméstico de origem. Dessa forma, tem-se que quando a ruptura dessa estrutura é inevitável, deve-se tomar cuidados alternativos de qualidade condizentes com as necessidades infantis até que o objetivo de reintegração da família seja atendido.

Winnicott (2005a; 2005b) destaca que um ambiente familiar afetivo e continente às necessidades da criança e, mais tarde do adolescente, constitui a base para o desenvolvimento saudável ao longo de todo o ciclo vital. Tanto a imposição do limite, da autoridade e da realidade, quanto o cuidado e a afetividade são fundamentais para a constituição da subjetividade e desenvolvimento das habilidades necessárias à vida em comunidade. Assim, as experiências vividas na família tornarão gradativamente a criança e o adolescente capazes de se sentirem amados, de cuidar, se preocupar e amar o outro, de se responsabilizar por suas próprias ações e sentimentos. Estas vivências são importantes para que se

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

⁸⁸ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

sintam aceitos também nos círculos cada vez mais amplos que passarão a integrar ao longo do desenvolvimento da socialização e da autonomia.⁸⁹

A condecoração da convivência familiar como um direito é hodierno no ordenamento jurídico brasileiro. Giselle Câmara Groeninga⁹⁰ ensina que esse conceito de convivência foi ampliando-se para as relações entre pais e filhos nas situações de separações devido a fatores psicológicos, sociológicos e moldando-se a uma moldura dos Direitos Humanos em que se inserem as relações atuais.

Referente ao tema, Valéria Tinoco ensina que John Bowlby, ao formular a Teoria do Apego, descreve a relação da criança com a mãe em sua presença e em sua ausência e a influência dessa relação na sua personalidade. Dessa forma, conclui a autora que a qualidade do relacionamento das crianças com os seus genitores e as experiências de separação dessas relações, tem interferência direta nos seus relacionamentos futuros.

[...] outros estudos (Bowlby, 1969/1993 b, c; 1979/1990; Bromberg, 1994, James, 1994; Jewett, 1994) relacionam a existência de distúrbios psicológicos e problemas psiquiátricos na fase adulta com a experiência de separação, perda dos pais e/ou outros tipos de perda na infância. Os prejuízos causados por estas experiências podem levar a uma deterioração da capacidade de estabelecer e/ou manter vínculos afetivos. Se a separação ou perda sofrida pela criança for sucedida por outras perdas e se ela não puder contar com o cuidado contínuo de um substituto, com quem possa se ligar, poderá ser mais difícil para a criança aceitar a perda e se reorganizar.⁹¹

Nesse sentido, escreve a autora sobre a necessidade do desenvolvimento infantil dar-se numa experiência de cuidado afetivo, contínuo e duradouro.

O desenvolvimento deste comportamento, essencial para a saúde mental, se dá numa experiência de cuidado afetivo, contínuo e duradouro com a mãe ou substituto, na qual tanto a criança quanto a figura materna sentem satisfação e prazer, originando assim uma relação de apego segura (Bowlby, 1969/1993). O que Bowlby quer dizer por cuidado contínuo, um dos vários termos questionados na época em que escreveu a teoria, é explicado por seu filho, Sir Richard Bowlby (2004), quando numa conferência sobre os cinquenta anos da Teoria do Apego. Segundo ele, uma relação que dure muitos anos e que os períodos de separações existentes sejam tão curtos que não causem grandes problemas e traumas, são experiências de cuidado contínuo. Entretanto, não há como saber, de forma generalista, o tempo exato que pode levar uma separação para que

⁸⁹ WINNICOTT, 2005, *apud* BRASIL, *op. cit.*, 2006.

⁹⁰ GROENINGA, *op. cit.*, 2011, p. 112.

⁹¹ TINOCO, Valéria. **O luto de crianças institucionalizadas em casa abrigo**. 2007. 247f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica. São Paulo, 2007, p. 41.

esta não cause danos. Além da separação, a idade da criança, onde e quem ficará responsável por seu cuidado durante a ausência da figura materna, a frequência das separações, o temperamento da criança e a relação com a figura de apego principal – que é quem a deixou, tudo isso influenciará no quanto e como uma separação pode ser ou não traumática para a criança.⁹²

Diante disso, o Marco Legal da Primeira Infância estabeleceu um conjunto de ações prioritárias a serem observadas, com o fim de assegurar a máxima efetividade do princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente e ao direito à convivência familiar e humanitária previsto no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, dispondo, portanto, sobre a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva com o fito de promover e garantir esses direitos fundamentais às crianças em primeira infância.

3.2 O Princípio do Melhor Interesse da Criança

O Princípio do Melhor Interesse da Criança, trazido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto n.º 99.710/1990, em seu Art. 3.1⁹³, com a redação original em inglês, declara, o que se pode chamar de um conceito qualitativo ao versar sobre *the best interests of the child*.

Já a versão oficial no Brasil, disposta também no Art. 3.1, versa sobre o que se pode chamar de conceito quantitativo ao abordar o interesse maior da criança. Esse critério, ao considerar o conteúdo da referida Convenção, bem como a orientação constitucional e infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro, é o critério que deve sempre saltar aos olhos.

todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.⁹⁴

⁹² TINOCO, *op. cit.*, 2007, p. 41.

⁹³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Convention on the Rights of the Child**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Acesso em: 25 jun. 2017: “Art. 3.1: *In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”. Em tradução livre: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

⁹⁴ BRASIL, *op. cit.*, 1990, p. 22256.

Produto de um compromisso e negociação, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança representa o mínimo que toda a sociedade deve assegurar às suas crianças. Por isso, reconhece em um único documento as normas que os países dela signatários devem adotar e incorporar ao aplicar suas leis. Em caráter definitivo, o Brasil integrou o princípio do “melhor interesse da criança” em seu ordenamento jurídico.

Antecedentes mais remotos, mas de contundente importância histórica, evidenciam que Código de Menores (Lei n.º 6.697/1979), não foi uma normativa legislativa voltada em sua totalidade em prol da infância e da juventude. Isso porque a sua aplicação direcionava-se aos menores que encontravam-se em “situação irregular”.

Nesse sentido, Cavallieri, autoridade no assunto, asseverava que o alcance da norma do denominado Direito do Menor, entendido como o conjunto de normas jurídicas relativas a definição, tratamento e prevenção da situação irregular do menor, conteúdo nuclear do Código de Menores, não era universal, pois só se aplicava ao menor em situação irregular. Segundo o mesmo autor, a situação irregular correspondia a um estado de patologia social, de forma ampla.⁹⁵

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, essa perspectiva foi alterada, porquanto a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, concretizou e expressou novos direitos da população infantojuvenil, que põem a salvo os valores intrínsecos da criança como um ser dotado de direitos e necessidade da mais ampla proteção e assistência, em respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Sendo assim, a adoção da Doutrina da Proteção Integral em sede constitucional e infraconstitucional reafirmou a importância do Princípio do Melhor Interesse da Criança, que encontra suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959.

[...] a incorporação da doutrina da proteção integral no corpo constitucional ratificou e explicitou o princípio do melhor interesse da criança, aplicável a toda criança e adolescente. Em consequência, a partir de 1988, passaram

⁹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.

tal doutrina e princípio a reger, necessariamente, as relações familiares que envolvam criança e adolescente. [sic]⁹⁶

Assim, no que se refere ao melhor interesse, esse deve ser o princípio norteador de toda política voltada para a infância. Dito de outra forma, ele deve ser considerado na elaboração legislativa, bem como na aplicação dessas leis e ainda, na formulação de políticas públicas.

Concomitante a isso, pertinentes são as ressalvas quanto às precárias condições morais e de segurança que permeiam os estabelecimentos penais do país. Tendo discorrido sobre a importância do desenvolvimento na tenra idade, não há possibilidade de corroborar com o fato de que o convívio em ambiente totalmente desumano e com condições longes de satisfazerem o mínimo existencial seja benéfico para a formação de adultos íntegros e saudáveis.

Nessa perspectiva, tem-se que a alteração legislativa ocorrida no Art. 318 do Código de Processo Penal com o advento da Lei n.º 13.257, de 2016, o Marco Legal da Primeira Infância, atendeu ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao permear em seu texto a possibilidade de prisão domiciliar aos seus genitores que estejam cumprindo prisão preventiva.

3.3 Primeira infância e sistema prisional e a prisão domiciliar

O Marco Legal da Primeira Infância, como já visto, entrou em vigor, sem vetos, promovendo a alteração legislativa de diversos dispositivos do ordenamento jurídico, inclusive com o acréscimo e alteração aos incisos do Art. 318 do Código de Processo Penal⁹⁷, contemplando a possibilidade da concessão de prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva.

Trata-se de situar que com isso, se abriu a oportunidade para uma discussão contemporânea sobre o âmbito jurídico e o reflexo que essa esfera alcança nas

⁹⁶ BARBOZA, *op. cit.*, 2000, p. 201-213.

⁹⁷ BRASIL, *op. cit.*, 1941, p. 20449: “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; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

crianças de zero a seis anos de idade que possuem os pais presos, sem condenação, em cumprimento de prisão preventiva.

Essa análise, no entanto, faz emergir na questão de que o encarceramento afeta o seio familiar como um todo, atingindo principalmente aqueles indivíduos em período da primeira infância.

Diante disso, faz-se necessária uma análise ao sistema prisional brasileiro antes de adentrar na questão sobre como a concessão da prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva é relevante frente ao direito à convivência familiar e comunitária em crianças em inicial desenvolvimento.

Não infundadamente, o sistema prisional do país passou a ocupar as principais discussões e os principais celeumas no âmbito jurídico, isso porque, estima-se que atualmente no país existam cerca de 700 mil pessoas presas⁹⁸, entre homens e mulheres.

Em junho de 2014, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), do CNJ, fez um levantamento inédito ao incluir nesta estatística as pessoas em prisão domiciliar. Os dados apresentados revelam que a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos. Ao mesmo tempo há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se considerarem os mandados de prisão em aberto – 373.991 – a população carcerária saltaria para mais 1 milhão de pessoas.⁹⁹

Karyna Batista Sposato¹⁰⁰ explica que na América Latina a porcentagem de mulheres presas varia de 3% a 9% da população prisional. No entanto, no Brasil, representa cerca de 4% da população carcerária total e no Estado de São Paulo, compõe 5,5% do universo total dos presos.

Além da assustadora grandeza no índice numérico relativo às pessoas presas, indiscutível é a consequência desse fato, ou seja, um sistema superlotado, tratado com descaso e submerso às condições de vida desumanas. Ainda, atenta-se aos dados referentes aos presos sem condenação, os chamados presos em cumprimento de prisão preventiva.

⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 26 jun. 2017: “Atualmente, os mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos.”

⁹⁹ *Ibidem*, online.

¹⁰⁰ SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. In: REALE, Miguel e PASCHOAL, Janaína (Coord). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 251-266.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a quantidade de presos em prisão provisória, ou seja, aqueles sem condenação, ultrapassa o número de presos já condenados e em cumprimento de pena em regime fechado.

Dados ainda mais relevantes são os referentes aos presos sem condenação. O Brasil exhibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de custodiados provisórios. Aproximadamente 40% estavam presos sem terem sido julgados em 2014. A quantidade de presos provisórios ultrapassa a quantidade dos presos em regime fechado.¹⁰¹

Dito de outra forma, no Brasil, atualmente, existem mais presos que cumprem pena de forma provisória, sem condenação do que aqueles que já possuem condenação e estão em fase de execução da pena. E é exatamente nessa estatística que estão os pais, que, ao cumprir prisão preventiva, são separados de seus filhos para aguardar julgamento.

Ainda, importa ressaltar que no Brasil existem 1.424¹⁰² unidades prisionais, e apenas quatro desses estabelecimentos são unidades penitenciárias federais enquanto o restante são estabelecimentos estaduais. Contudo, infelizmente, o modelo de encarceramento que é praticado no país, alimenta um ciclo vicioso de violência que se projeta na sociedade.

Dessa forma, incontestável o fato de que o sistema prisional, com um encarceramento superlotado e um com um ambiente sem condições mínimas para o convívio humano, afeta de maneira mais sensível e direta crianças em inicial desenvolvimento da vida, quando separadas de seus genitores, nesse caso, por consequências penais.

Atualmente, no Brasil, existe um antagonismo entre o desenvolvimento da criança junto aos genitores no cárcere – seja junto à mãe na penitenciária, seja dentro do útero ou em visita ao pai – e o desenvolvimento fora do ambiente carcerário, contudo sem os genitores. Explica-se que esse antagonismo ocorre quando existem os genitores – pai ou mãe – encarcerados, em virtude do cometimento de algum delito.

Nesse caso, há um conflito entre o direito do Estado de punir aquele que comete o ilícito e o direito de o Estado promover o desenvolvimento da criança

¹⁰¹ CASTRO, Bruno Ronchetti. **Relatório de Gestão**: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 26.

¹⁰² *Ibidem*, p. 26.

durante o período da primeira infância no bojo familiar com a convivência próxima e contínua.

Por tudo o que já foi dito sobre o desenvolvimento da criança e do adolescente, e do modo como esse processo, numa via de mão dupla, afeta e é afetado pelo ambiente familiar e social que lhe é continente, fica demonstrada a importância de se oferecer à criança e, mais tarde, ao adolescente, um ambiente nutritivo e estável, do ponto de vista relacional e afetivo, onde se sintam protegidos e queridos e onde possam encontrar o suporte necessário ao enfrentamento dos diversos desafios que constituem esta peculiar etapa da vida. A constância das figuras parentais, as condições sociais e culturais para a realização de seus cuidados e um “clima afetivo” favorável, nos primeiros anos de vida, favorecem a constituição de vínculos afetivos primários e abrem o caminho para a constituição de novos vínculos, cuja preservação, durante a infância e a adolescência, propiciam as condições adequadas para a socialização e o desenvolvimento integral dos indivíduos. Da mesma forma, a garantia de acesso aos direitos universais para todas as famílias é a contraparte da responsabilidade do Estado para garantir o desenvolvimento da criança e do adolescente, pensando também de forma mais ampla, no desenvolvimento das novas gerações e da cidadania.¹⁰³

Em relatório para a Organização das Nações Unidas (ONU), Florizelle O'Connor¹⁰⁴ aponta as mazelas encontradas nas situações de convivência entre mães encarceradas e filhos. Como exemplos, pode-se citar: a longa distância das prisões em que as mães se encontram reclusas do local de residência de sua família. Ainda, assevera o autor sobre a dificuldade de contato que esse trajeto acarreta no contato com os filhos, muitas vezes, ocorrendo o abandono da família.

Além disso, alerta sobre a dificuldade de contato físico entre as mães e os filhos, em virtude de algumas penitenciárias femininas submeterem as crianças a revistas humilhantes.

Curiosamente, no que tange ao encarceramento feminino, a Organização das Nações Unidas elaborou as Regras de Bangkok¹⁰⁵, que apontam as normas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade, tendo, com isso, a finalidade de encontrar soluções que evitem o encarceramento das mulheres em virtude da sua situação específica. Além disso, contudo não mais importante, são as considerações que existem dentro dessa resolução que apontam a

¹⁰³ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

¹⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Administración de justicia, estado de derecho y democracia**: documento de trabajo de la Sra. Florizelle O'Connor. Ginebra: Consejo Económico y Social, 2005.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **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 <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2017.

necessidade de um olhar mais cuidadoso para os filhos dessas mulheres em situação de cárcere.

Dessa forma, merecem destaque as seguintes regras expostas no corpo da resolução:

Regra 4

Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, **em prisões próximas ao seu meio familiar** ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados.

Regra 58

Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras **e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.**

Regra 64

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.¹⁰⁶

Sucedese que na reflexão do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito à convivência familiar da criança e ao desenvolvimento saudável, o ordenamento jurídico brasileiro e internacional aplicou o princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral.

Dessa forma, ressalta-se, de forma válida, que não se trata de defesa ao perdão ou abolicionismo penal, mas sim, de aplicação de uma sanção penal ou de medidas cautelares compatíveis com a necessidade de garantirem-se os maiores direitos das crianças que não praticaram qualquer ilícito penal e dessa forma, não devem ser punidas de forma indireta.

[...] necessidade da preservação dos vínculos familiares e comunitários para o desenvolvimento da criança e do adolescente, a partir de um contexto familiar e social onde os direitos sejam garantidos e os cuidados sejam de qualidade. Situações de risco na família e na sociedade podem levar a violações de direitos e podem acarretar dificuldades ao seu desenvolvimento e, dentre tais situações encontra-se a ruptura dos laços familiares e comunitários. Assim, torna-se fundamental refletir sobre as

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *op. cit.*, 2016, *online*.

situações caracterizadas como violação de direitos de crianças e adolescentes no contexto familiar, com o impacto sobre os vínculos e as formas de atendimento devidas em cada caso.¹⁰⁷

Caminhando nesse viés, o Marco Legal pela Primeira Infância, Lei n.º 13.257, de 2016, alterando o Código de Processo Penal, demonstrou preocupação com as crianças na primeira infância, incluindo tanto a estado de gravidez da mulher como homens e mulheres com filhos menores de doze anos de idade, possibilitando a substituição da prisão preventiva¹⁰⁸ pela prisão domiciliar¹⁰⁹, quando diante de uma das hipóteses dos incisos IV, V e VI¹¹⁰ do Art. 318.

Tem-se que essas modificações garantem o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que esse princípio corresponde a algo inerente ao ser humano, presente pelo simples fato de ser pessoa, devendo, por isso, ser garantida uma vida digna, a qual deve ser respeitada por todos, tendo todas as pessoas o direito de ter-lhes assegurados direitos mínimos, considerados fundamentais a uma vida saudável.

As crianças e os adolescentes têm direitos subjetivos à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde, à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente de qualidade e outros direitos individuais indisponíveis, sociais, difusos e coletivos. E conseqüentemente se postam, como credores desses direitos, diante do Estado e da sociedade, devedores que devem garantir esses direitos. Não apenas como atendimento de necessidades, desejos e interesses, mas como Direitos Humanos indivisíveis, como os qualifica a normativa internacional – como direito a um desenvolvimento humano, econômico e social. São pessoas que precisam de adultos, de grupos e instituições, responsáveis pela promoção e defesa

¹⁰⁷ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

¹⁰⁸ LIMA, Roberto Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 879. Sobre o conceito de prisão preventiva disserta o autor: “Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, Art. 313) e ocorrem os motivos autorizadores listados no Art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, Art. 319).”

¹⁰⁹ MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 240: “A prisão domiciliar substitutiva da preventiva é modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de determinados requisitos e sua permanência à satisfação de outros, a ser determinada pelo juiz, em decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial, mediante requerimento do Ministério Público ou do investigado.”

¹¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, 1941, p. 20449: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.”

da sua participação, proteção, desenvolvimento, sobrevivência e, em especial, por seu cuidado.¹¹¹

Ora, quando refere-se à crianças e a adolescentes, deve-se considerar que esses ainda são pessoas em inicial desenvolvimento, que não conseguem por si só garantir tudo o que necessitam para promover a sua sobrevivência. Quando ocorre a separação entre esses seres com os seus genitores, direitos básicos passam a ser violados.

À luz do que fora dito, pode-se dizer que o direito à convivência familiar e comunitária faz parte do conceito de dignidade da pessoa humana, já que está ligada à direitos básicos para o desenvolvimento físico e moral de crianças e adolescentes.

Permite-se aqui denotar que foi acertada a alteração legislativa, pois não se pode tornar radical e rígido o conflito existente entre o direito à convivência familiar de crianças contra o direito de punir do Estado. A sociedade há de ser resistente e não pode corroborar com a possibilidade de que uma criança em tenra idade desenvolva-se sem o convívio familiar e/ou em um ambiente carcerário.

No primeiro ano de vida da criança, o aprisionamento materno e a consequente separação mãe-presa bebê podem comprometer a manutenção de vínculos entre mães e filhos, bem como dificultar o estabelecimento de relações de confiança, especialmente se o bebê não tiver a possibilidade de vivenciar outro vínculo de maternagem. Nesta fase, o bebê ainda não tem o entendimento de atos criminais e da prisão, sendo afetado em sua constituição mais pelo rompimento do vínculo mãe-bebê, do que propriamente pelo significado social atribuído à delinquência materna. Na infância inicial (até os dois anos de idade), os filhos de mulheres presas podem ter um comprometimento em sua autonomia, uma vez que a separação traumática e prolongada dos pais, especialmente da mãe, pode comprometer o desenvolvimento desta fase, tornando a criança dependente e com problemas de autoconfiança e de ajustamento às leis do mundo social, embora também, como na fase anterior, ainda não compreenda o significado social da prisão materna.¹¹²

Quando a família não integra seus filhos a um núcleo de vínculo afetivo, amor, cuidado, proteção e segurança, passa-se a aniquilar direitos básicos dessas crianças, colocando em risco sua saúde física e emocional, impedindo, inclusive, o seu desenvolvimento.

¹¹¹ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

¹¹² STELLA, Claudia. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. **Educere et Educare**, Cascavel, v. 4, p. 99-112, 2009.

Acertadamente, o espírito da Lei n.º 8.069/1990 é pela preservação dos vínculos familiares originais, procurando-se evitar, sempre que possível e no melhor interesse da criança, rupturas que possam comprometer o seu desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 5º, que 'nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão [...]', sendo dever constitucional da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de tais condições. No seu artigo 18, o ECA estabelece que "é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor." No entanto, por motivos diversos, tais violações de direitos podem vir a ocorrer no seio da própria família, na relação que os pais, responsáveis ou outros membros do grupo familiar estabelecem com a criança e o adolescente.¹¹³

Diante de tudo que fora exposto sobre o desenvolvimento infantil na primeira infância, bem como os seus reflexos na vida adulta, ressalta-se que, em havendo a possibilidade de evitar-se a ruptura na estrutura familiar, essa deve ser a medida tomada. Fato é que, com a adoção do princípio do melhor interesse da criança, deve-se garantir que esse princípio norteie os conflitos existentes dentro do ordenamento.

Diante disso, nota-se que o legislador brasileiro possui consciência dos prejuízos causados pela ruptura no período de primeira infância. Tanto é que essa consciência restou demonstrada na alteração legislativa, em que a normativa trata da possibilidade de que os genitores e mulheres grávidas não permaneçam em estabelecimentos penais e façam jus ao direito à convivência familiar e comunitária, tendo, portanto, direito à substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Percebe-se, ainda, que essa substituição, ao levar em consideração situações especiais, tem como objetivo tornar a segregação cautelar menos desumana. Isso porque os desvios de conduta na história da evolução da pena de prisão caracterizaram um afastamento cada vez maior da obediência das normas impostas pela sociedade, acarretando um gravame nas finalidades da pena, estabilizando o caos no objetivo do encarceramento.

E ainda, nas palavras do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Renato Marcão,

¹¹³ BRASIL, *op. cit.*, 2006.

[...] possibilita, dentre outras coisas: 1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, por isso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, especialmente no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado. Dentre outras vantagens, permite, ainda, respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF), bem como assegurar às mulheres presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L, da CF), além de evitar que em certos casos ocorra tratamento desumano (art. 5º, III, da CF).¹¹⁴

Corroborar-se da mesma ideia do autor, pois fato é que o sistema prisional brasileiro encontra-se fadado à falência das suas finalidades, seja por motivos de gestão governamental, seja por superlotação ou ainda, por invisibilidade política.

Ocorre que não há como tranquilizar-se com a situação de que um ser humano, em inicial desenvolvimento, tenha que suportar uma ruptura na sua convivência familiar ou quiçá, tenha que nascer e desenvolver-se dentro do cárcere, quando existe a possibilidade de realizar-se esse convívio na vida extramuros.

Tem-se que o Direito deve-se utilizar-se dessas hipóteses e desses elementos para promover a garantia de direitos fundamentais.

[...] parte-se do pressuposto de que o Direito deve ter como fonte os elementos que se fazem necessário à formação, ao desenvolvimento e, também, ao amplo exercício dos recursos da personalidade – o que contempla, inclusive os adultos.¹¹⁵

Isso posto, filia-se ao entendimento daqueles que compreendem que o desenvolvimento infantil deve ocorrer fora das grades dos estabelecimentos penais do país. Sobre o tema, Claudia Stella¹¹⁶ ensina que “os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil”.

O que se pretende não é incentivar a colocação em liberdade de todo e qualquer familiar que se encontre em prisão preventiva, mas sim, que diante da abertura da possibilidade nas hipóteses previstas nos incisos IV, V e VI do Art. 318

¹¹⁴ MARCÃO, *op. cit.*, 2012, p. 239.

¹¹⁵ GROENINGA, *op. cit.*, 2011, p. 115.

¹¹⁶ STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE, 2006, p. 18.

do Código de Processo Penal, a máquina jurídica estatal conscientize-se sobre a importância da convivência familiar e possibilite, na forma de concessão da benesse, o fortalecimento dos vínculos familiares aos pais que possuam filhos em período da primeira infância.

Mesmo que o corpo legislativo não tenha trazido à baila o verbo “dever” no Art. 318 do Código de Processo Penal, ou seja, dito de outra forma, mesmo que a substituição da preventiva por prisão domiciliar não seja uma imposição obrigatória, mas sim, uma faculdade, não há como o legislador olvidar-se de atender os reais interesses de proteção à prioridade absoluta.

Isso porque embora tenham os filhos menores direito à convivência familiar com os genitores privados do direito de liberdade, não podem ser ignorados os efeitos deletérios enfrentados por seus familiares para obter o ingresso nas casas prisionais do Brasil.

Ainda, no cotejo entre o direito dos filhos menores à convivência familiar com os genitores privados de liberdade e a proteção à segurança e integridade física, psíquica e moral, e à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, os últimos devem prevalecer.

Dessa forma, conclui-se que para que o melhor interesse da criança seja alcançado, qual seja o convívio próximo e contínuo na instituição familiar, deve-se garantir o afastamento da criança do ambiente carcerário, sem que isso signifique a perda da convivência com os seus genitores, ou seja, através da aplicação do instituto da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Por fim, não há a pretensão de incentivar a manutenção da liberdade de todos os genitores que possuem filhos e que se encontram em prisão preventiva, mas sim, que diante dessa possibilidade, seja essa substituição cuidadosamente avaliada e discutida, de forma que a máquina estatal conscientize-se cada vez mais sobre a importância e a necessidade da convivência familiar. E assim, de forma acertada, julgando todos os requisitos necessários, conceda a benesse para o fortalecimento do vínculo familiar aos pais que possuam filhos em período de inicial desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou de analisar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, regra disposta no Art. 318 do Código de Processo Penal, como melhor forma de garantir a convivência familiar e comunitária aos filhos de pais encarcerados, em desenvolvimento na primeira infância.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico adota o Princípio do Melhor Interesse da Criança percebeu-se que esse princípio deve ser levado em consideração inclusive diante de conflitos internos do Estado entre o dever de punir e o dever de garantir os direitos fundamentais às crianças e adolescentes. Ademais, no decorrer desse estudo observou-se que o período da primeira infância é um estágio muito sensível ao desenvolvimento infantil e, por isso, deve ser vivido junto aos seus genitores, dentro do bojo familiar.

Ao longo desse estudo foi exposta a importância do desenvolvimento infantil no período de zero a seis anos de idade, defendendo-se que esse desenvolvimento dê-se na efetividade do direito à convivência familiar e comunitária. É fundamental ressaltar que a separação entre pais e filhos nessa etapa da vida pode gerar prejuízos futuros de personalidade e de comportamento na criança. É fundamental ressaltar que o desenvolvimento infantil é o início do investimento social para os cidadãos que se pretende formar no futuro.

De forma alguma se pensou em atribuir ao Estado a responsabilidade de não punição desses genitores ou de incentivar o abolicionismo penal para quem possua filhos em primeira infância. Contudo, isto não significa que não haja por parte do Estado uma inércia governamental em relação à aplicação desses direitos.

Essa inércia reside na faculdade dada pelo legislador aos nossos magistrados que, ao redigir o Art. 318 do Código de Processo Penal, não utilizaram o verbo – permite-se dizer – mais adequado, “dever”. Contudo, mesmo diante de tal faculdade, se pensa que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nas hipóteses ali contidas, é medida que se impõe.

Isso porque, além de atender os preceitos constitucionais de prioridade absoluta, há de compreender tamanha importância e impacto que a convivência familiar e comunitária junto aos genitores traz para essas crianças. Por isso, entende-se que não podem ser ignorados os efeitos deletérios que serão impostos à elas numa ruptura familiar em virtude do cárcere.

Dessa forma, acredita-se que o melhor interesse da criança seja alcançado, qual seja o convívio próximo e contínuo na instituição familiar. Além disso, medida que se impõe é o dever de garantir o afastamento da criança do ambiente carcerário, sem que isso signifique a perda da convivência com os seus genitores, ou seja, através da aplicação do instituto da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Por fim, como já mencionado, não há a pretensão aqui de incentivar a manutenção da liberdade de todos os genitores que possuem filhos e que se encontram em prisão preventiva, mas sim, que diante dessa possibilidade, seja essa substituição cuidadosamente avaliada e discutida, de forma que a máquina estatal se conscientize cada vez mais sobre a importância e a necessidade da convivência familiar. E assim, de forma acertada, julgando todos os requisitos necessários, conceda a benesse para o fortalecimento do vínculo familiar aos pais que possuam filhos em período de inicial desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

BANCO MUNDIAL. **Brasil Desenvolvimento da Primeira Infância**: foco sobre o impacto das pré-escolas. Brasília: Banco Mundial, 2002. Disponível em: <<http://sitere.sources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186326902607/08Portugues.pdf>>. Acesso em: 16 maio. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.998/2013**. Altera o art. 1º e insere dispositivos sobre a Primeira Infância na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://marcolegalprimeirainfancia.com.br/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidio-s>>. Acesso em: 26 jun. 2017:

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, p. 1.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre Direito das Crianças. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 nov. 1990, p. 22256. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941, p. 19699, ret. 24 out. 1941, p. 20449. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990, p. 13563, ret. 27 set. 1990, p. 18551. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 maio 2017.

_____. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 mar. 2016, p. 1.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

CABEZAS, Beatriz de Sousa. **Crítérios judiciais de aplicação das Medidas Socioeducativas**. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

CARVALHO, Carlos Henrique de; MOURA, Esmeralda Blanco Bolsonaro de; ARAÚJO, José Carlos Souza (Orgs.). **A infância na modernidade: entre a educação e o trabalho**. Uberlândia, MG: EDUFU, 2007. p. 183.

CASTRO, Bruno Ronchetti. **Relatório de Gestão: Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas – DMF**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 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, p. 16-18, ago./set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDONET, Vital. Trajetória dos direitos da criança no Brasil – de menor desvalido a criança cidadã, sujeito de direitos. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avanços do marco legal da primeira infância**. Brasília: Centro de Estudos e Debates Estratégicos, 2016. p. 60-75.

DIREITOS HUMANOS. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 23 maio 2017.

GAAG, Jacques Van Der. Do desenvolvimento da criança ao desenvolvimento humano. *In*: YOUNG, Mary Eming (Org.). **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano: investindo no futuro de nossas crianças**. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010. p. 67-83.

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

HECMAN, James. **Investir no Desenvolvimento na Primeira Infância: reduzir déficits, fortalecer a economia**. Publicado em: jan. 2017. Disponível em:

<https://heckmanequation.org/assets/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

JERSILD, Arthur T. **Psicologia da Criança**. Tradução de Marta Botelho Ede e Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1967.

KRAMER, Sônia (Org.). **Com a pré-escola nas mãos**: uma alternativa curricular para a educação infantil. São Paulo: Ática, 1991.

LIMA, Roberto Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES, Jader Janer Moreira. Grumetes, pajens órfãos do rei... e outras crianças migrantes. *In*: VASCONCELLOS, Vera Maria Ramos de. **Educação da infância**: história e política. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 13-30.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade. **Marco Legal da Primeira Infância**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTIN, Anísio Garcia. **Direito do menor**: comentário e notas. São Paulo: Universitária de Direito, 1988.

MELO, Ana Angélica Campelo de Albuquerque [*et al.*]. O direito à convivência familiar e comunitária: apontamentos sobre a trajetória brasileira e reflexões sobre as especificidades da primeira infância. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Brasília: Congresso Nacional, 2016. p. 244-256.

MUSTARD, J. Fraser. Os benefícios do investimento na Primeira Infância: o desenvolvimento da primeira infância e o cérebro – a base para a saúde, o aprendizado e o comportamento durante a vida toda. *In*: YOUNG, Mary Eming (Org.) **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano**: investindo no futuro de nossas crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010. p. 25-66.

NARDEAU, Sophie [*et al.*]. **Como investir na primeira infância**: um guia para a discussão de políticas e a preparação de projetos de desenvolvimento da primeira infância. São Paulo: Singular, 2011. p. 13-22.

OLIVEIRA, Leonardo Alves. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras Impressões sobre a Lei nº 13.257/2016. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, v. 17, n. 97, p. 9-15, ago./set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Administración de justicia, estado de derecho y democracia**: documento de trabajo de la Sra. Florizelle O'Connor. Genebra: Consejo Económico y Social, 2005.

_____. **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 <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2017.

PARANÁ. Ministério Público. 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, p. 20-28, ago./set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. *In*: DEL PRIORE, Mary (Org.) **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010. p. 70-82.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da Educação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolf. **A eficácia dos Direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 64.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Roberto da. **Os filhos do Governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas**. São Paulo: África, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere: uma perspectiva criminológica. *In*: REALE, Miguel e PASCHOAL, Janaína (Coord). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 251-266.

STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE, 2006.

_____. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. **Educere et Educare**, Cascavel, v. 4, p. 99-112, 2009.

TINOCO, Valéria. **O luto de crianças institucionalizadas em casa abrigo**. 2007. 247f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica. São Paulo, 2007.

UNESCO. **Bases sólidas**: educação e cuidados na primeira infância; relatório de monitoramento global de educação para todos – EPT, 2007. Brasília: UNESCO, 2007.

UNICEF BRASIL. **O UNICEF e a garantia dos direitos da infância e da adolescência no Brasil**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/overview.html>>. Acesso em: 23 maio 2017.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Convention on the Rights of the Child**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>. Acesso em: 25 jun. 2017:

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações filipinas online**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>>. Acesso em: 23 maio 2017.

YOUNG, Mary Eming. Introdução e Visão Geral. In: _____ (Org.). **Do desenvolvimento da primeira infância ao desenvolvimento humano**: investindo no futuro de nossas crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2010. p. 1-21.