

GUARDA E TUTELA DOS FILHOS DE PAIS RECLUSOS

Guardian and guardianship of the children of restricted parents

Ingrid Caroline Lopes Pereira¹

Resumo: A mudança de paradigmas no atendimento aos direitos da criança operada no nosso país a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, reflete-se em todas as áreas do conhecimento, abrangendo os sistemas de saúde, educação, proteção e justiça, onde se incluem as mazelas do sistema carcerário brasileiro. Em vista disso, o presente artigo se propõe a debater com profissionais de diversas áreas do conhecimento o direito à convivência familiar dos bebês cujos pais se encontram privados de liberdade, em especial, no que tange à situação jurídica dessas crianças. Para isso, contou com uma Revisão da Literatura acerca do tema escolhido para abordagem, tendo como base dados localizados em plataformas como Scielo, Repositório, Google Acadêmico, Revistas publicadas e acervo pessoal.

Palavras-Chave: Guarda e Tutela. Pais reclusos. Constituição Federal. ECA. Privação de Liberdade.

Abstract: The change in paradigms in the care of children's rights operated in our country from the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent, is reflected in all areas of knowledge, covering the systems of health, education, protection and justice, which includes the ills of the Brazilian prison system. In view of this, this article proposes to discuss with professionals from different areas of knowledge the right to family life for babies whose parents are deprived of their liberty, especially with regard to the legal status of these children. For this, it had a Literature Review on the theme chosen for the approach, based on data located on platforms such as Scielo, Repository, Google Scholar, Published magazines and personal collection.

Keywords: Guard and Guardianship. Recluse parents. Federal Constitution. ECA. Deprivation of Liberty.

1 Introdução

A mudança de paradigmas no atendimento aos direitos da criança operada no nosso país a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, reflete-se em todas as áreas do conhecimento, abrangendo os sistemas

¹ Graduando do Curso de Direito Bacharelado pela Faculdade de Minas Gerais - FAMG

de saúde, educação, proteção e justiça, onde se incluem as mazelas do sistema carcerário brasileiro.

Populações que se mostravam invisíveis ao tempo que antecedeu à Constituição Federal de 1988, como a formada pelos filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade, passam a receber atenção maior por parte de estudiosos e pesquisadores na tentativa de trazer à tona a dura realidade vivenciada por esta parcela da população.

O texto se propõe a debater com profissionais de diversas áreas do conhecimento o direito à convivência familiar dos bebês cujos pais se encontram privados de liberdade, em especial, no que tange à situação jurídica dessas crianças.

No primeiro capítulo será abordado sobre o direito fundamental, garantido pela Constituição Federal de 1988, de convivência familiar e comunitária, tendo em vista que toda criança tem direito de ser criada e educada no seio de sua família natural, entendida como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus filhos.

No segundo capítulo será tratado sobre o direito da mãe que cumpre pena privativa de liberdade e o direito do bebê de com ela permanecer, tendo em vista que é grande o número de mulheres que estão privadas de liberdade, mas que, mesmo assim, estão no processo de maternidade.

O último capítulo, por fim, discorre a respeito da família e o poder de família, pois de acordo com a Constituição Federal, em relação ao exercício do poder familiar, compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos.

2 O direito à convivência familiar e comunitária

O artigo 227 da Constituição Federal inaugura uma nova proposta de atendimento à infância brasileira. Da doutrina da situação irregular, que trabalhava com a exclusão e a repressão, migrou-se para a doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos fundamentais a essa parcela da população: direito à vida, à saúde, à educação, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, entre tantos outros.

Toda criança tem direito de ser criada e educada no seio de sua família natural, entendida como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus filhos, em

ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (arts. 19 e 25 do ECA). Somente na impossibilidade de permanecer na companhia dos pais é que se buscará, como segunda opção, a família ampliada ou extensa. Família ampliada ou extensa “é aquela que se estende para além da unidade dos pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único, ECA).

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (art. 22 ECA).

Com a vigência do ECA, a falta ou carência de recursos materiais deixa de se constituir em motivo suficiente para o ajuizamento de ação de suspensão ou destituição do poder familiar. Nessas hipóteses, a criança ou adolescente será mantido em sua família de origem, que deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Os novos paradigmas, vencidos vinte e cinco anos, pouco a pouco passam a ser assimilados, valorizando-se a convivência familiar em detrimento da institucionalização. Antes da nova Carta, a pobreza da família levava ao afastamento da criança de seus pais, deixando-se de valorizar a sua permanência com a mãe e o pai, bem como a relevância dos vínculos afetivos. A esse tempo, partia-se do princípio que o Estado, em caso de pobreza dos pais, era mais competente para criar e educar os filhos do que a família de origem. Grandes abrigos foram construídos, recebendo centenas de crianças pobres, que passavam a reproduzir o abandono (MACIEL, 2010).

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a criança passou a ter expressamente no texto legal o direito à convivência familiar e comunitária. De lá para cá, abrigos com capacidade para receber centenas de crianças foram substituídos por casas para abrigar um número pequeno de crianças, denominadas de acolhimento institucional. Nesse sentido, assinalam Lima e Veronese (2011):

O Estado foi negligente ao não investir em políticas públicas básicas às famílias empobrecidas e encontrou nas medidas de internamento a solução perfeita para os chamados filhos da pobreza. Além disso, culpabilizou a criança, vítima

de maus- tratos ou de negligência dos próprios pais, retirando-as do convívio familiar. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 48)

Diferente das práticas passadas, na atualidade, todos os esforços buscam manter a criança na companhia de seus pais ou familiares, reservando-se o acolhimento institucional e familiar para casos excepcionais, utilizáveis como forma de transição para a reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta (art. 101, §1º, ECA).

O artigo 33, caput, do ECA, estabelece que a guarda, além do sustento, obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. A guarda comporta diversas modalidades. Denomina-se guarda de fato aquela em que o detentor da criança (pai, mãe, avós) faz a entrega do filho aos cuidados de terceira pessoa, sem a intervenção do Poder Judiciário e a guarda jurídica, também conhecida como guarda legal, é aquela que está devidamente abarcada por uma decisão judicial (FONSECA, 2011).

A guarda pode ainda ser unilateral ou compartilhada (arts. 1.583 e 1.584 do CC). A unilateral é quando apenas uma pessoa detém a guarda da criança ou adolescente. A compartilhada, por sua vez, ocorre quando a guarda é exercida por mais de uma pessoa, podendo ser o pai e a mãe, um dos genitores e uma terceira pessoa (a avó, a tia, o irmão) ou, ainda, duas pessoas sem vínculo de parentesco. Para a definição da guarda, seja unilateral ou compartilhada, há que se atentar ao melhor interesse da criança, o que deve ser verificado caso a caso, com o auxílio das avaliações feitas por equipe interdisciplinar, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A colocação em família substituta, reservada para os casos de inviabilidade de permanência da criança com a família natural ou ampliada, dá-se pelos institutos da guarda, tutela ou adoção. Ao assumir a guarda ou a tutela, institutos que podem ser revogados a qualquer tempo, o responsável presta compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos (art. 32 ECA). A colocação da criança em família substituta será precedida de preparação gradativa e acompanhamento posterior, buscando assegurar o seu melhor interesse.

Nos casos de guarda, tutela ou adoção, sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu

estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1º, ECA). Tratando-se de maior de 12 anos de idade, será necessário o consentimento do adolescente, colhido em audiência (art. 28, § 2º, ECA). Os grupos de irmãos preferencialmente devem ser colocados na mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais (art. 28, § 4º, ECA).

Em caso de colocação em família substituta, as crianças indígenas ou provenientes de comunidades remanescentes de quilombo devem ter sua identidade social e cultural, seus costumes e tradições, bem como suas instituições respeitadas, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal. A colocação familiar destas populações deve se dar prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia (art. 28 ECA).

A impossibilidade de permanência da criança com sua família, seja ela natural ou ampliada, coloca, sob os sistemas de proteção e Justiça, grande responsabilidade no que diz respeito ao destino dessas crianças. Quando a família falha no atendimento das necessidades e direitos dos filhos, a vulnerabilidade se faz presente na vida das crianças, como ocorre com as mães que, em decorrência da prática de um crime, se veem privadas de liberdade. Quem as cuidará? Quem atenderá suas necessidades biológicas, emocionais e sociais? O Estado encontra-se apto a solucionar o impasse? Para auxiliar na compreensão desses dilemas, será abordado a seguir os aspectos envolvendo o direito da mãe e o direito do bebê à convivência familiar à luz da legislação pátria.

3 O direito da mãe que cumpre pena privativa de liberdade e o direito do bebê de com ela permanecer: aspectos legais

O envolvimento das mulheres com a prática de crimes não é fato recente. Segundo Viafore (2005, p. 92), “os primeiros sinais da criminalidade feminina surgiram

por volta do século XI, quando foram estabelecidos tipos específicos da delinquência feminina”, em especial, a bruxaria e a prostituição, condutas opostas ao papel que era esperado à mulher ideal.

Em que pese o número de mulheres envolvidas com a prática de ilícitos ser substancialmente inferior ao de homens (mulheres 4.497 e homens 36.733, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, 6/2012), é possível constatar o crescimento da população feminina que cumpria pena privativa de liberdade no passado, se comparado com os números atuais. Ademais, a privação de liberdade das mulheres acarreta reflexos sociais bem superiores ao encarceramento dos homens, em especial, pelo cuidado aos filhos, tarefa que ainda costuma recair preferencialmente na pessoa da mãe (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2012).

Como observa Viafore (2005:92), no Brasil, a mulher criminosa costuma ser “jovem, pertencente a um nível socioeconômico baixo, com baixo nível educacional, baixo nível de emprego ou desempregada, solteiras ou separadas, procedentes de centros urbanos”. Para Mello (2008:34), “evidencia-se uma alta prevalência de comorbidade entre as mulheres encarceradas, variando aproximadamente de 30% a 80%”, mostrando-se prevalente o uso de substâncias psicoativas. A mesma autora, citando estudos de Tye & Mullen(2006), aduz que:

[...] as mulheres chegam à prisão com altos índices de múltiplos transtornos mentais, comparadas com a comunidade geral. Não parece que sua saúde mental possa ser atribuída exclusivamente ao estresse do aprisionamento, porém é provável que seus transtornos preexistentes sejam exacerbados dentro do ambiente prisional (MELLO, 2008, p. 35).

Robertson (2008), referindo-se a mulheres de outros países que se encontram privadas de liberdade, assinala que a maioria das crianças que vive em prisões pertence à classe mais pobre da população. Cita o exemplo da Venezuela, onde as mulheres costumam ser primárias, jovens, mães solteiras com três ou quatro filhos, com baixo grau de escolaridade, encontrando-se desempregadas por ocasião do encarceramento. Na Índia, 70% das crianças que vivem com suas mães nas prisões pertencem à classe social menos favorecida.

Considerando o perfil das mulheres em presídios, a gravidez não é fato incomum. O estresse, decorrente da privação de liberdade, pode ser maior no caso de mulheres grávidas. Com o nascimento, novos dramas se fazem presentes na vida das mães e também dos filhos. Como ficam seus bebês? O que estabelece a lei? Quais as condições de nossos presídios para receber bebês?

A Constituição Federal de 1988 traz novos princípios e paradigmas a nortear a vida dos cidadãos brasileiros, exigindo mudanças significativas em todos os segmentos sociais. Princípios como da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta à infância, que vêm desdobrados em várias legislações, em especial no Estatuto da Criança e do Adolescente, têm suscitado o debate, a pesquisa e a reflexão sobre práticas até então não questionadas pelos integrantes do sistema de Justiça.

Embora as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos date de 1955, no Brasil, é recente a atenção das políticas públicas para com a infância e mais recente ainda para com as crianças cujas mães cumprem pena privativa de liberdade. Populações institucionalizadas sempre estiveram à margem de qualquer prioridade, ainda que envolvam crianças, como nos mostra a realidade das instituições de acolhimento institucional e também das prisões que recebem mulheres e seus bebês. Com relação aos filhos de pais privados de liberdade, autores assinalam que “têm sido referidos como vítimas esquecidas do crime, ou órfãos da justiça ou ainda vítimas invisíveis do bom carcerário” (FICHBEIN; MARTINS, 2012, p. 2).

Estabelece a Magna Carta que, “às presidiárias, serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, inciso L). O mesmo vem afirmado em vários documentos internacionais, valendo lembrar, pela atualidade, as Regras de Bangkok (2010).

No âmbito interno, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que “o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade” (art. 9º). Ainda sobre o tema, a Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984) prevê que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 82, § 2º).

Importante referir que a mesma lei diz que a “penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável estiver presa” (art. 89, “caput”). Em complementação, o artigo 89, parágrafo único, incisos I e II, da Lei de Execução Penal, inclui, entre os requisitos básicos da seção e da creche “atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas e horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à responsável” (LEP, 1984, p. 1).

Cabe assinalar que o limite de idade para a permanência da criança na creche, segundo dispõe o artigo 89, caput da Lei de Execução Penal, foi alterado pelo artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que passou a adotar novos critérios etários à educação infantil em nosso país. Na atualidade, a creche deve atender às crianças de zero a três anos, ao passo que a pré-escola, as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, uma vez que a idade de ingresso no ensino fundamental passa a ser 6 (seis) anos e não mais 7 (sete). Importante ainda ressaltar que, segundo a Constituição Federal, a partir de 2016, passa a ser obrigatório o ingresso na escola a partir dos 4 (quatro) anos (pré-escola), deixando de ser a pré-escola opcional.

Além da legislação citada, o Brasil apresentou ao Comitê dos Direitos da Criança da ONU, em 31 de maio de 2007, Projeto de Diretrizes das Nações Unidas sobre Emprego e Condições Adequadas de Cuidados Alternativos com Crianças, que assim dispõe:

[...] Os Estados devem levar em consideração o que seria melhor para a criança, ao decidirem pela retirada de crianças nascidas na prisão ou que viverem com um dos pais na prisão. A sua retirada deve ser tratada da mesma forma que a retirada em outros casos. No caso das crianças abaixo de três anos, a retirada não deve, em princípio, ser feita contra a vontade do pai em apreço. Deve-se fazer o máximo esforço para assegurar que a criança que ficar na prisão com o pai ou a mãe receba cuidados e proteção adequados, de modo a garantir-lhe a liberdade e a convivência comunitária. (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO, 1984, p. 1)

A matéria envolvendo o limite de permanência da criança com a mãe em estabelecimento prisional vem disciplinada de forma diferente nos diversos países. Há

países em que as crianças podem viver na prisão na companhia do pai. No entanto, como assinala Robertson (2008), mostra-se bem mais rara essa situação, quer por ser a mãe a cuidadora principal quer pelas condições inadequadas dos estabelecimentos prisionais masculinos. Na França, a criança pode ficar com a mãe que cumpre pena privativa de liberdade até os dezoito meses e, excepcionalmente, até os dois anos de idade; no Canadá, até os quatro anos em tempo integral e, em tempo parcial, como finais de semana e feriados, até os doze anos; na Alemanha, até os três, quatro ou seis anos, dependendo do estabelecimento.⁴ Na Suécia, as crianças podem permanecer na companhia da mãe privada de liberdade até um ano de vida; no Chile, até os dois anos; na Itália, até os três anos, sendo que as mulheres grávidas não podem ser presas; na Grécia até os três, quatro ou seis anos, dependendo da instituição, na Espanha e na Venezuela¹⁰ até os três anos, ao passo que na Índia e no México até os seis anos de idade (ROBERTSON, 2008).

No Brasil não é diferente, uma vez que, em Brasília, “a criança é retirada da prisão aos seis meses; em Curitiba, é possível que ela fique até os seis anos; em Minas Gerais, elas deixam o cárcere aos dois anos e, no Pará, ao nascer” (ANDI, 2011).

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (6/2012), oitenta institutos penitenciários atendem a população feminina, incluindo-se nesse universo estabelecimentos exclusivos para mulheres e estabelecimentos mistos¹³.

Autores que se dedicam ao estudo e à pesquisa do tema têm apontado para as inúmeras dificuldades que se fazem presentes no atendimento desta parcela da população. Rita (2009), assinala:

Não se pode deixar de denunciar as diversas ambivalências dessa área, no campo dos direitos humanos, como: a falta de unidades prisionais específicas para as mulheres e por separação de regime penal; a falta de espaços apropriados para o atendimento à infância; a inexistência de políticas específicas voltadas para a maternidade como um todo; o direito à convivência familiar e comunitária, entre outros. (RITA. 2009, p. 214)

As carências são muitas no atendimento às mulheres e seus filhos, o que se agrava com o pouco investimento do poder público na área prisional em nosso país. Os filhos do cárcere “são como todos os bebês. O que os tornam diferentes é o ambiente à

sua volta. Em vez de quartos limpos, centenas de brasileirinhos vivem trancafiados em celas de presídios femininos do país, alguns em condições subumanas” (ANDI, 2011). A sociedade não deseja sofrer os efeitos da violência, mas muito pouco é investido na prevenção das causas da violência, em especial com os filhos de mães que cumprem pena privativa de liberdade e que são diretamente atingidos pela sua situação familiar. Mesmo os filhos que não se encontram na companhia de suas mães nos presídios são diretamente atingidos pela privação de liberdade de suas genitoras, estando sujeitos a passarem vários anos sem visitá-las.

Não se pode esquecer que muito antes da privação de liberdade, inúmeros fatores já se faziam presentes na vida dessas mulheres como na de seus filhos já nascidos, fato que está a exigir maior investimento pelo poder público, visando sua ressocialização. Nesse sentido, o Relatório sobre Mulheres Encarceradas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA (2007) já alertava:

O Estado, que deveria nesse universo específico construir espaços produtivos, saudáveis de recuperação e resgate da auto-estima e de cidadania para as mulheres, só tem feito ecoar a discriminação e a violência de gênero, presentes na sociedade para dentro dos presídios femininos. (OEA, 2007, p.1)

O exame dos dispositivos legais mencionados evidencia o descompasso entre a normativa internacional, a legislação e a realidade do sistema prisional brasileiro. Em termos de normativa internacional e de legislação, estamos mais avançados do que a realidade posta no sistema prisional brasileiro, totalmente sucateado, oferecendo ambiente insalubre e degradante, afastado dos princípios postos na Carta Maior.

A população de mulheres privadas de liberdade no Brasil mais que triplicou no período de uma década e o sistema penitenciário não se preparou para atender a demanda. Em 2000, cumpriam pena, no regime fechado, 4.363 mulheres, sem informações sobre a existência de crianças nos presídios, ao passo que, em 2012, o número elevou-se para 13.742, com registro de 325 bebês (Ministério da justiça, 2012). No Rio Grande do Sul, três presídios recebem mulheres, havendo registro de 18 bebês na companhia de suas mães (SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Falar em bebês cujas mães se encontram encarceradas nos remete, inexoravelmente, a questões como poder familiar e guarda dos filhos.

4 A família e o poder de família

A criança, no momento que nasce, deve ser registrada no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais e, assim, gera-se a Certidão de Nascimento, onde para realizar a sua lavratura deve ser apresentada ao Oficial do Registro uma declaração de nascido vivo, fornecida pelo hospital onde a criança nasceu e nos casos onde a criança nascer fora do hospital, deve ela ser observada de acordo com o procedimento previsto na Lei dos Registro a Públicos em seu artigo 54.

Para os casos em que o pai está privado de liberdade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da sua Corregedoria-Geral de Justiça, regulamenta o reconhecimento da paternidade por meio de instrumento particular, que deve ser assinado pelo pai que se encontra encarcerado e encaminhado ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais para a regularização do registro e, assim, fica autorizado o deslocamento de auxiliar do Registro, com a ficha-folha do livro de folhas soltas, para a realização do ato registral no próprio presídio (CGJ, 2004). Em relação a obrigatoriedade do nascimento e do Registro Civil e de acordo com ANDI (2011):

[...] dados dos Resultados Preliminares do Censo Demográfico 2010 do IBGE revelam que, em todo o Brasil, há 599.204 pessoas com até 10 anos sem registro de nascimento. Espírito Santo tem o melhor número, onde 2.478 crianças não foram registradas. A pior situação é em São Paulo, onde 81.352 estão sem documento. Na região Centro-Oeste, Mato Grosso é o estado com o menor número de crianças sem registros. (ANDI, 2011, p. 1).

Ainda, de acordo com Maciel (2015), além do Registro de Nascimento, de iniciativa dos pais ou por determinação judicial, é também possível a qualquer dos pais reconhecer a paternidade, de forma voluntária ou espontânea, diretamente no registro de nascimento, por escritura pública, testamento, escrito particular arquivado em cartório ou mediante manifestação à autoridade judiciária. É também possível o

reconhecimento da paternidade de forma forçada, através de sentença judicial proferida em Ação de Investigação de Paternidade julgada procedente.

No exercício do poder familiar, compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los até os dezesseis anos nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, bem como exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Maciel (2010), corroborando com tal entendimento, complementa que:

A guarda como atributo do poder familiar constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto a si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exerce a vigilância sobre ele. Engloba também o dever de assistência e representação. (MACIEL, 2010, p. 95)

Em contrapartida, a lei prevê hipóteses em que é possível a autoridade judiciária suspender ou extinguir o poder familiar dos pais com relação aos filhos em decorrência de sua conduta. Fatos desta natureza são comuns, em especial nas Varas da Infância e Juventude, e envolvem principalmente a prática de maus-tratos, abuso sexual e negligência severa.

4.1 Possibilidades da perda ou suspensão familiar

Segundo Schreiber (2001) a suspensão e a perda do poder familiar, decorrente de sentença criminal ou cível, dependem de decisão judicial, devidamente fundamentada e a suspensão do poder familiar costuma ocorrer nas situações em que se vislumbra a possibilidade de mudança no comportamento dos pais e, nesses casos, a autoridade judiciária estabelece condições e requisitos que devem ser cumpridos pelos genitores num determinado tempo, podendo o prazo estabelecido ser prorrogado quando se fizer necessário para a superação das dificuldades apresentadas pelos pais.

De acordo com o artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente legitimidade para a propositura da ação de suspensão ou destituição do poder familiar é atribuída ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse, onde se destaca, por exemplo, o guardião que pretende pleitear a adoção da criança que se encontra sob sua guarda. Nas hipóteses em que estiver presente o motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar, em caráter liminar ou incidental, a suspensão do poder familiar, ficando a criança confiada a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (ECA, 1990).

O grande impasse é que ambas as medidas, suspensão e destituição do poder familiar, de cunho essencialmente drástico, devem ser aplicadas somente quando se mostrarem a melhor alternativa para a criança ou adolescente envolvido, e não como uma simples punição ou um castigo aos pais, especialmente em face do disposto no art. 6º da Lei nº 8.069/90.

Já em relação as mães sob reclusão, eventual ação de suspensão ou destituição do poder familiar deve contar necessariamente com uma ampla avaliação do caso, a ser realizada por equipe interprofissional, composta por assistentes sociais, pedagogos, psicólogos e psiquiatras, devidamente qualificada, a fim de averiguar se a mãe apresenta condições emocionais favoráveis de permanecer com o seu bebê e a avaliação, no entanto, deve envolver também o grupo familiar, a situação jurídica da apenada e as condições do estabelecimento prisional, na hipótese de mostrar-se recomendável a permanência da criança com a mãe (STELLA, 2009).

Assim, tem-se, de um lado, o direito do bebê à convivência familiar, à amamentação e ao desenvolvimento de um vínculo seguro e estável, afirmado nos documentos internacionais e na legislação e de outro, temos uma mãe que se encontra em situação de extrema restrição, vivendo em um ambiente muitas vezes insalubre e inapropriado para garantir dignidade e proteção ao seu filho.

Para muitas mães, o melhor é o filho permanecer em sua companhia e conforme assinala Stella (2009, p. 292), “a mãe, em nossa sociedade, ainda é a principal responsável pelos filhos, [...]” assumindo “um papel central na socialização dos indivíduos, na transmissão da cultura e até mesmo como figura comprometida em inserir as crianças em um meio socializador como a escola”. A realidade da maior parte

da população de mulheres com bebês que se encontram em presídios é de extrema vulnerabilidade social, uma vez que a privação de liberdade “acarreta separações traumáticas para a criança e seu deslocamento de um provedor para outro”; “a maioria das crianças cujos pais encontram-se encarcerados, vive na pobreza antes, durante e depois do encarceramento dos pais” (KOSMINSKY; PINTO; MIYASHIRO, 2005, p. 52).

Em vista do exposto, o sistema de Justiça, cada vez mais, precisa estar preparado para o enfrentamento de situações envolvendo crianças cujas mães se encontram privadas de liberdade, em especial através de demandas que questionam a permanência de bebês junto as suas mães, o direito desses filhos visitarem a mãe, bem como a forma de preparar os envolvidos para superar as dificuldades que costumam estar presentes no momento da separação, quando o filho não mais pode permanecer na companhia da mãe.

5 Jurisprudências acerca do tema

O tema das crianças que permanecem com sua mãe na prisão ainda não foi recorrente nos Tribunais Superiores. A incipiente produção jurisprudencial durante o período analisado (2002-2012) nos órgãos de cúpula do Judiciário comprova a “invisibilidade da questão”, que poderia ser explicada pelo menor percentual de mulheres no universo prisional, pelo preconceito referente à garantia dos direitos das presas ou por dificuldades de efetivo acesso à Justiça, que envolvem motivações e acessibilidade das próprias presas à Defensoria Pública, aos advogados e ao Ministério Público.

O STF proferiu, durante dez anos, somente doze decisões que discutiram filho(a), amamentação, prisão domiciliar e maternidade, todas correlacionadas à situação da presa. As decisões foram monocráticas, emanadas do próprio relator, ou seja, a questão nem sequer chegou a ser debatida pelo plenário das Turmas do STF. No único caso no qual o acórdão foi proferido a partir da discussão por um órgão colegiado, foi concedido o pedido de liberdade provisória para uma presa sob os argumentos de que estava muito doente e sua filha menor lhe era dependente economicamente.

A fundamentação do voto do relator, Ministro Eros Grau, expõe que a prisão, na hipótese de condenação por tráfico de drogas, baseia-se verdadeiramente na “vingança”. Assim discorre: “A submissão da paciente ao cárcere é incompatível com o direito, ainda que se possa ter como adequado à regra. Manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece a ordem, além de nada reparar. Situação peculiar a configurar exceção”, permitida pelo ordenamento jurídico (HC 94916).

A decisão foi embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, e, analisando-se o voto proferido pelo relator, observamos o perfil clássico da maioria das mulheres presas: primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, flagrada com pequena quantidade de droga (maconha) quando visitava o marido na penitenciária.

Procuramos especificamente o Habeas Corpus “original” mencionado na decisão acima (HC 108757, julgado a posteriori, em 21/03/2012) e foi constatado que nessa decisão não foi feita nenhuma menção específica à maternidade. O pedido de liberdade provisória foi apenas declarado prejudicado por perda do objeto – ou seja, também não foi apreciado materialmente – diante da condenação definitiva da presa a oito anos de reclusão.

Nesse sentido, oito dos processos identificados no âmbito do STF (66,6% do total) foram negados – cinco deles diretamente pelo Ministro Luiz Fux –, e um restou prejudicado pela absolvição da presa. Todos os pedidos diziam respeito a benefícios no processo penal, e a maioria era de prisão domiciliar (total de seis pedidos principais, que equivaleu a 50% do universo pesquisado); outras três solicitações de liberdade provisória; um pedido de fixação do regime inicial aberto com substituição da pena privativa de liberdade; um de revogação de prisão cautelar; e um de saída para estudo. Este último também foi negado, fazendo-se referência a um benefício de prisão domiciliar concedido anteriormente para que a presa cuidasse do filho com doença psiquiátrica. Para esse entendimento, o fato de estar sujeita à prisão domiciliar para cuidar do filho impediria a presa de sair para estudo, mesmo tendo passado no vestibular (HC 112385, Relatora Min. RosaWeber, decisão monocrática em 12/03/2012).

6 Conclusão

Após a elaboração do presente trabalho foi possível perceber que estudar sobre bebês que possuem suas mães e pais cumprindo pena é entender que são inúmeras as contradições que caracterizam o sistema prisional brasileiro. De um lado, temos o direito fundamental das crianças de conviverem na família e na comunidade, fruto de importantes conquistas legislativas e compromissos internacionais firmados pelo Brasil; de outro, a privação de liberdade dos seus pais e seu impacto na vida dos bebês.

Não são poucas as carências do sistema penitenciário brasileiro e a população feminina, especificamente, embora representada por número menos significativo do que o masculino, exige atenção especializada por parte de todos em face das particularidades que a caracterizam. Por isso, o primeiro passo parece ser a aproximação com esta dura realidade, marcada por tantas contradições, passando pelo debate em várias esferas da sociedade, bem como a continuidade de estudos e pesquisas, sem deixar de exigir o cumprimento da lei.

O comprometimento das diversas áreas do conhecimento mostra-se essencial para que se vislumbre a possibilidade de ver o sistema aperfeiçoado, assegurando-se o respeito ao melhor interesse da criança e Por mais adversa que se apresente a realidade dos presídios em geral, a sociedade não deve se ausentar da responsabilidade de trazer o tema ao debate.

Após a elaboração do presente trabalho, portanto, foi possível, por meio do tema escolhido para abordagem, ter mais conhecimento a respeito e, com isso, auxiliar em trabalhos futuros e que, assim, esse tema não se esgote, pois cada vez mais o cenário que foi abordado ao longo de todo o trabalho é mais comum do que muitos pensam. Conclui-se, então, que todos os objetivos traçados foram alcançados.

Referências

ANDI. **“Filhos do cárcere”**. 2011. Link disponível em <<http://www.andi.org.br>>.

ANDI. **“Brasil tem quase 600 mil crianças sem registro de nascimento”**. 2011. Link disponível em <<http://www.andi.org.br>>.

BITENCOURT, Álvaro Hummes. **Mulheres & sistema prisional: O sentido do trabalho para quem viveu e vive sob a égide do Cárcere.** 2012. Link disponível em <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1953/1/000444370-Texto%2BParcial-0.pdf>>.

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

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal.** 2012. Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Lei nº 6.015/1973 – Lei dos Registros Públicos.** 1973. Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal.** 1984. Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.** 1990 Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002 – Código Civil. 2002.** Link disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Relatório sobre Mulheres Encarceradas.** 2013. Link disponível em <http://zequinhabarreto.org.br/blog>.

KOSMINSKY, Ethel Volfzon; PINTO, Rute Bernardo; MIYASHIRO, Sandra Regina Galdino. **Filhos de presidiários na escola: um estudo de caso em Marília – SP,** Revista de Iniciação Científica da FFC, v. 5, n. 1-2-3, 2005.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os Direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 152p, 2001.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia,** Rio de Janeiro: UERJ, v. 9, n. 2, 2009.