

## 1 Introdução

¿Quais são os direitos que as crianças têm no período em que suas mães estejam submetidas a medida privativa de liberdade?

Este trabalho tem por finalidade estudar essa temática e responder à indagação jurídica que se formula em seu âmbito social.

A tarefa a emprender-se é de complexidade evidente. Demanda incursões ao Direito Internacional dos Direitos Humanos para que, tanto dos principais negócios jurídicos que constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966) – como dos demais Instrumentos Universais dos Direitos Humanos, sobretudo a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), se possam induzir esses efeitos jurídico-protetivos da prole de mãe presa.

Ademais, conferidos os sistemas jurídico-normativos dos Estados, percebe-se notória insuficiência satisfativa de suas correspondentes técnicas legislativas, se confrontados com a dogmática dos direitos fundamentais no Direito das Gentes.

*Ad exemplum*, mencionem-se casuisticamente a Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, na Guatemala, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil. As duas leis contêm apenas normas programáticas sobre a necessidade de serem proporcionadas condições para a lactância materna, nessa hipótese de mães submetidas a medidas privativas de liberdade.

A lacuna nesses ordenamentos jurídicos positivos, indaga-se, ¿preexcluiria a irradiação dos demais direitos que a ordem jurídica supraestatal prevê como inelimináveis à proteção especial e indiscriminada de todas as crianças?

Por outro lado, em havendo antinomia entre as regras jurídicas supraestatais e as normas internas, põe-se a questão do primado jurídico: ¿o Direito das Gentes há de ceder ante a soberania dos Estados?, ¿ou tem de haver a submissão dos muitos direitos internos às regras de Direito das Gentes?

É com a análise dos fatos por rigorosa metodologia indutivo-experimental e proposta de solução dessas e de outras *quaestiones iuris* que se procede ao desenvolvimento e explicitação dos mais relevantes dos direitos dos filhos da mulher presa, sob a concepção jusnaturalística de sua força limitativa à própria soberania estatal, a partir do dogma da dignidade das crianças enquanto pessoas humanas.

## **2 Dignidade da pessoa humana**

O homem é o animal que aprendeu a diminuir em si o animal. Esse animal começou a ser humano pelo gesto com o dedo indicador. Essa indicação levou-o à assembleia. A assembleia conduziu-o à discussão. A discussão projetou-o ao diálogo. E o diálogo elevou-o à reflexão, que é o diálogo a sós. Por isso, o social precede, necessariamente, o homem, como acentuou MIRANDA (2002, pp. 107 e 172).

Nessa acepção, disse KANT (1992, pp. 104 e 111), o homem é o ser racional que existe como fim em si e se submete à lei de que nenhum ser humano pode tratar a si e a outrem como simples meio.

Somente ele pode vir a ser, ou ser, um sujeito de direitos e deveres. Poder ser sujeito de direitos e deveres é ser pessoa. *Persona* é o ser humano capaz desses direitos e deveres, conforme precisou D'AGUANNO (1943, p. 147); “personalidade”, a capacidade de ser titular deles.

A personalidade não é em si direito, mas o ser capaz de direitos, o que traduz sinonímia com a “capacidade jurídica”, como afirmou COVIELLO (1938, p.155), expressão de sentido e alcance aquém da “capacidade”, a *dhimma* do direito muçulmano, segundo realçou BRASA (1981, p. 196).

Em sendo negado à pessoa um direito, por exemplo, o direito de ter personalidade, ela invoca o direito de ser pessoa e, portanto, o direito subjetivo de personalidade. Desse direito de personalidade é que se irradiam direitos que, por serem fundamentais à pessoa, são inalienáveis, irrenunciáveis, ilimitáveis e irrestringíveis.

Por sua vez, todo homem tem um valor insubstituível qualitativa e quantitativamente, um atributo intrínseco e inerente à sua essência. É a dignidade da pessoa humana, preexistente e condicionante do próprio direito positivo, sob a concepção jusnaturalística referida por MATTEUCCI (2000, pp. 353-354).

### **2.1 Panorama no direito mundial**

Esse dado jurídico veio a ser constitucionalizado em todo o mundo, pela generalidade dos Estados.

Foi o que ocorreu com a Lei Fundamental Alemã, que, ao assentar a inviolabilidade da dignidade humana, estabeleceu no art. 1º (1) que os poderes públicos têm a obrigação de

respeitá-la e protegê-la: *“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”*

Os atos violativos à dignidade da pessoa humana, fato que historicamente levou à positivação constitucional desse princípio na República Federal Alemã, foram também a motivação histórica para a sua inserção na Constituição Angolana, art. 1º, com a afirmação de que “Angola é uma República soberana e independente, baseada na dignidade da pessoa humana”.

Deu-se o mesmo com a Constituição Búlgara, em cujo art. 4 (2) se estabeleceu que a República de Bulgária garante a vida, a dignidade e os direitos do indivíduo, e cria condições para o livre desenvolvimento do homem e da sociedade civil: *“Република България гарантира живота, достойството и правата на личността и създава условия за свободно развитие на човека и на гражданското общество.”*

Na mesma linha acham-se o Preâmbulo e os arts. 1º, 24, 63, 1, “a”, 71, 1, 77, 2, “a”, e 211, 4 da Constituição Cabo-Verdiana, que concebeu a dignidade da pessoa humana como valor absoluto e sobreposto ao próprio Estado, o art. 1º da Constituição Chilena, ao acentuar que *“las personas nacen iguales en dignidad”*, e o art. 38 da Constituição Chinesa, com o enunciado de que *“a dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é inviolável”*.

A Constituição Sul-Coreana também estatuiu no art. 10 que a todos os cidadãos serão assegurados o valor e a dignidade humana e o direito à busca da felicidade, semelhantemente à Constituição da Costa Rica, em que, após se afirmar a igualdade de todos perante a lei, acrescentou-se no art. 33: *“no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”*

Na África Ocidental, a Constituição Marfinense, após expressar o irrestrito compromisso com a dignidade da pessoa humana, estabeleceu no art. 2º, alínea 2ª, que todos os seres humanos desfrutam do direito inalienável ao respeito de sua dignidade: *“Tous les êtres humains naissent libres et égaux devant la loi. Ils jouissent des droits inaliénables que sont le droit à la vie, à la liberté, à l'épanouissement de leur personnalité et au respect de leur dignité.”*

Em Cuba, identicamente, consagrou-se a dignidade da pessoa humana como princípio positivado no Preâmbulo e nos arts. 9º, 1, 3ª parte, 16, 42 e 43 do texto constitucional.

Na Constituição Egípcia, em cujo preâmbulo se fez referência à dignidade da pessoa humana em projeção à dignidade da própria nação, *“the dignity of every individual is natural reflection of the dignity of his nation,”* também se confere essa constitucionalização nas situações pertinentes à privação da liberdade dos cidadãos, que não de ser tratados – diz o texto constitucional egípcio do art. 42 – com a preservação de sua dignidade pessoal: *“Any citizen*

*arrested, detained or whose freedom is restricted shall be treated in a manner concomitant with the preservation of his dignity.”*

Em El Salvador, a Constituição, que concebe o respeito à dignidade da pessoa humana como a base dos fundamentos da convivência, é igualmente clara no art. 4º (cp. Arts. 10, 11 e 101): “*Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna outra condición que menoscabe su dignidad.*”

O Equador, com várias normas constitucionais remissivas à dignidade da pessoa humana, tais as dos arts. 35, 49, 54, 81 e 242, consagra nessa proteção jurídica o princípio que, na Constituição Eslovaca, se expressa na afirmação do art. 12 (1) (v. arts. 19 (1) e 36 a)) de que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e em direitos, “*all human beings are free and equal in dignity and in rights.*”

No Reino da Espanha, o texto constitucional do art. 10 (1) é também claro: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y por los derechos de los demás son el fundamento del orden político y la paz social*”, tanto quanto o é na República da Hungria, em que se prevê no § 32/A (2) e (3) a proteção jurídica aos direitos inerentes à vida e à dignidade humana, dos quais ninguém pode ser privado arbitrariamente: “*A Magyar Köztársaságban minden embernek veleszületett joga van az élethez és az emberi méltósághoz, amelyektől senkit nem lehet önkényesen megfosztani.*”

Na Europa Nórdica, a Constituição Finlandesa tem a clara regra jurídica do art. 1º, de que o regime constitucional da Finlândia garante a inviolabilidade da dignidade humana.

Na Europa Balcânica, a Grécia protege no art. 7º, nº 2, de sua Constituição a dignidade humana contra qualquer ato violativo, embora remeta à legislação infraconstitucional o correspondente sancionamento: “*Τα βασανιστήρια, οποιαδήποτε σωματική κάκωση, βλάβη υγείας, ή άσκηση ψυχολογικής βίας, καθώς και κάθε άλλη προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας απαγορεύονται και τιμωρούνται, όπως νόμος ορίζει.*”

Na Europa Báltica, a Constituição Letã estabelece no art. 95 a obrigação estatal da proteção à honra e à dignidade humana, com o enunciado “*Государство защищает честь и достоинство человека.*”

O direito asiático também consagra a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. A Constituição Indiana, após referi-la à fraternidade e à infância, estabelece no Preâmbulo e nos arts. 38 (f) e 51A (e) o dever que todos têm de abster-se de atos violativos à

dignidade das mulheres: *“It shall be the duty of every citizen of India... to renounce practices derogatory to the dignity of women”*.

Em seu Preâmbulo, também a Constituição da Irlanda se reporta ao objetivo fundamental da República Irlandesa de promover o bem comum, de modo a assegurar a liberdade e a dignidade da pessoa humana, *“to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured”*.

No Oriente Médio, a Constituição Iraniana proíbe e pune no art. 39 a violação à dignidade da pessoa privada da liberdade ou exilada: *“All affronts to the dignity and repute of persons arrested, detained, imprisoned, or banished in accordance with the law, whatever form they may take, are forbidden and liable to punishment.”*

A Constituição Italiana, que assenta no art. 3º na dignidade social de todos os cidadãos um de seus princípios fundamentais – *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale”* – republicanos, após prever no art. 36 o direito dos trabalhadores a uma remuneração suficiente à garantia de uma existência digna, *“il lavoratore ha diritto ad una retribuzione (...) sufficiente ad assicurare a sé e allá famiglia un'esistenza libera e dignitosa”*, acrescenta no art. 41 que a iniciativa econômica privada, apesar de livre, não pode desenvolver-se lesivamente a essa dignidade humana: *“L'iniziativa econômica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.”*

Parelha é, na África Oriental, a Constituição de Madagascar, com a previsão de que todo cidadão tem o direito, segundo a qualidade e produto de seu trabalho, a uma justa remuneração que assegure a ele e à sua família existência com dignidade humana. Lê-se no art. 29 do texto malgaxe: *“Ny olom-pirenena tsirairay dia manan-jo handray valin-kasasarana ara-drariny mifanentana amin'ny hatsara sy ny vokatry ny asa vitany, izay miantoka ho azy sy ho an'ny ankohonany fiainana mendrika ny haja maha-olona.”*

Na República de Montenegro, a Constituição, art. 27 (v. arts. 25, 28, 31 e 47) proíbe limitações e estatui garantias à dignidade humana, inclusive em relação à biomedicina: *“The right of a person and the dignity of the human being shall be guaranteed with regard to the use of biology and medicine.”*

Dá-se a mesma garantia na Constituição Paraguaia. Esmerando-se nessa positivação nos arts. 1º, 23, 33, 46, 68, 86, 92, 100 e 129, reconhece a dignidade humana com o fim de assegurar a liberdade, igualdade e justiça, já em seu Preâmbulo. Faz o mesmo a Constituição Panamenha, que, após ressaltar também no Preâmbulo *“el fin supremo de exaltar la dignidad humana”*, ressaltou nessa diretriz no art. 17: *“Los derechos y garantias que consagra esta Constitución,*

*deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”*

Igualmente, no Preâmbulo e art. 30 (v. art. 233, nº 1), a Constituição Polonesa reporta-se ao respeito à dignidade da pessoa humana, “*respect to the inherent dignity of the person*”, por ela caracterizada como fonte inviolável de direitos e liberdades das pessoas, cujo respeito e proteção se impõem às autoridades públicas, “*the inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities.*”

Na Europa Central, a República Tcheca também se referiu no Preâmbulo de sua Constituição aos valores inalienáveis da dignidade humana, “*inalienable values of human dignity*”.

No texto do art. 1º (3) (v. art. 30 (6)) da Constituição da Romênia, a dignidade humana, *demnitatea omului*, é garantida como um dos valores supremos no espírito das tradições democráticas do povo romeno: “... *demnitatea omului (...) reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate.*”

Parelhamente, traça-se nos arts. 1º, 3º, 7º, 23 e 146, nº 4, da Constituição Política do Peru como fim supremo da sociedade e do Estado a defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade. O mesmo verifica-se na Constituição Venezuelana, em que a defesa e o desenvolvimento da pessoa e o respeito a sua dignidade é definido como um dos fins essenciais do Estado no art. 3º (v. arts. 46, nº 2, 47, 55, 80, 81, 87, 91, 100, 117, 299 e 332).

A República de Portugal, acentuou-se no art. 3º (v. arts. 13, nº 1, 26, nº 2 e 3, 59, nº 1, “a” e “b”, 67, nº 1, “e”, e 206) da Constituição, é também baseada na dignidade da pessoa humana. Não é outro o princípio consagrado no texto constitucional russo, em que no art. 21, nº 1, se define sua proteção jurídica como bem absolutamente inderrogável: “*Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления.*”

A Constituição Federal da Confederação Helvética tem no art. 7º (v. arts. 118 b, nº 1, 119, nº 2, 119 a, nº 1, e 120, nº 2), identicamente, regra jurídica em que se expressa que a dignidade da pessoa humana tem de ser respeitada e protegida, “*die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.*”

Coextensivas são as normas constitucionais das secções 4, 26, 28, 35 e 45 no Reino da Tailândia, que, protetivas à dignidade humana, *ÈÑi `ÒiÈÃÕ»ÇÒÁà»ç¹Á¹ØÉÁi*, condicionam, no entanto, essa proteção ao respeito aos correlativos direitos alheios.

O texto constitucional surinamês também positivou o princípio da dignidade humana, na perspectiva do tratamento a que tem direito quem for privado de sua liberdade, com esta norma fundamental do art. 16, nº 3: “*Een ieder die van zijn vrijheid is beroofd heeft recht op een behandeling overeenkomstig de menselijke waardighe.*”

Em alguns textos fundamentais comparados, a dignidade da pessoa humana vem cristalizada sob outras expressões.

É o que ocorre na França, em que no art. 1º do Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 se cogitara dos regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana, “*les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine*”.

Na Constituição do Japão, art. 13, em que se prevê o respeito de todos como indivíduos, “*第十三条 すべて国民は 個人として尊重される*”, estatui-se que o direito à procura da felicidade receberá a suprema consideração na técnica legislativa e na administração governamental: “*生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする*”.

No Reino Hachemita da Jordânia, o art. 6º, nº 2, da Constituição cogita de “estado de tranquilidade”, “*الطمأنينة*”, e, nos Estados Unidos da América, o Preâmbulo da Constituição de 1787 alude a promover o bem-estar geral, “*promote the general Welfare*”. Na mesma trilha acha-se o direito tibetano, com explícita referência da Constituição, art. 4º, nº 2, à legitimidade do governo que, derivado do povo, é exercido em seu nome e para seu bem-estar, “*all Government authority and legitimacy is derived from the People, and is exercised on their behalf and for their welfare.*”

Em outros sistemas jurídicos, confere-se mediata positivação desse princípio, como se passa com o Uruguai, em cuja Constituição se expressa no art. 45 o direito que todo habitante da República tem de “*gozar de vivienda decorosa*”. Ou com a Constituição Argentina, em que se estabeleceu no art. 14bis a observância de um *minimum* nas condições do trabalho como pressuposto de respeito à dignidade humana: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor*”, semelhantemente às Constituições Costarriquenha, arts. 56 e 57, Equatoriana, art. 35, e Salvadorenha, art. 37.

## 2.2 O grau mais alto de justiça

Consagrado já no *Corpus Iuris Civilis*, e em vigor a 30 de dezembro de 533 d. C. com o enunciado do fragmento 3 do título 5 do livro I do Digesto, de que todo o direito é constituído

para os homens, “*hominum causa omne ius constitutum sit*”, revela-se aí o mais alto grau de justiça de que falou MIRANDA (1933, p. 55).

Nesse âmbito de consideração, confere-se que o homem é a marca do valor fundamental da justiça, o princípio e a razão de todo o direito, como ressalta NERY JR. (2014, p. 193).

Por ser a pessoa, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores juridicamente relevantes, e por estar umbilicalmente ligada a ela a sua própria dignidade, enquanto bem de valor absoluto, antecedente e condicionante da validade e eficácia do *ius positivum*, o direito reconhece a relevância dessa *dignitas* e juridiciza-a como fundamento que está à base de toda a vida humana, como esclarece SILVA (2007, p. 37 e 38).

Nesse sentido, a Constituição Brasileira prevê nos arts. 1º, III, 170, art. 226, § 7º, 227 e 230 que o Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito em cujos valores supremos está a dignidade da pessoa humana, tem de orientar sua ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Com tais enunciados, limita-se a atuação econômica dos governantes. Ela jamais será legítima se não assegurar a todos uma existência digna, assentada democraticamente na liberdade e igualdade. Não se respeita a dignidade sem segurança como condição do exercício da liberdade da pessoa e sem tratamento isonômico no tipo de trabalho que exerce, ressalta CUNHA (2004, pp. 28, 261 e 263).

Com isso, não se afirma a tutela supraestatal apenas a uma conduta humana socialmente boa. Boa ou ruim, porquanto a dignidade é atributo inerente a toda pessoa humana<sup>1</sup>, ela é positivada e a pessoa humana tem a correspondente tutela jurídica independentemente do modo de sua conduta, segundo explicita FALLA (1985, p. 187).

Afinal, houvesse discriminação pelo comportamento ilícito da pessoa, por ejemplo, a mulher presa, o que se desconsideraria seria precisamente sua dignidade humana, que não admite tratamentos discriminatórios de qualquer natureza, como ressalta ALEXY (1993, p. 345) e expressa o art. 1º da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos: ““*Queda prohibida toda discriminación (...) que atente contra la dignidad humana*””.

É nesse quadro que, unificadora de todos os direitos fundamentais, na expressão de CANOTILHO e MOREIRA (1984, p. 70), tem absoluta pertinência a dignidade da pessoa humana, a justificar um sistema jurídico para prover o homem de tudo quanto seja necessário para permitir seu integral desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Preâmbulo; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Preâmbulo.



E desenvolvimento, acentue-se, na perspectiva do primado do direito à existência e dos direitos sociais de subsistência, sem o que é oca qualquer consideração da dignidade do ser humano, que impõe compromisso com sua vida e respeito à sua liberdade, disserta NERY (2002, p. 95 s.).

### **3 Direito ao desenvolvimento**

A criança é pessoa em formação. Está em contínuos processos de adaptação – tais os religiosos, morais, estéticos, científicos, jurídicos, políticos e econômicos, como acentua MIRANDA (2003, pp. 163 e 206) – que visam ao constante incremento de seu bem-estar, com base no livre exercício de participação no desenvolvimento do espaço-tempo social.

Esse desenvolvimento integral do ser humano – que pressupõe sua descolonização, previne a discriminação e supõe a redução das desigualdades sociais – implica a observância universal e o respeito incondicional aos direitos e liberdades fundamentais, sem nenhuma forma de distinção *a priori* sobre qualquer *status*.

Tal bem jurídico, supremo por excelência, pode ser atingido pelos atos positivos e negativos que neguem o conteúdo ou restrinjam o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais da criança, todos eles indivisíveis e interdependentes.

Por isso, é ineliminável que todos – não apenas a família, mas a comunidade, a sociedade em geral e o notadamente o poder público – atentem para a premente necessidade e inafastável conduta de implemento, promoção e proteção desses direitos fundamentais.

Somente com a preeliminação das causas de violação a esses direitos essenciais das crianças, é que se terá a clara definição das circunstâncias propícias a seu desenvolvimento sadio, harmonioso e com dignidade humana, a um só tempo dados condicionantes e condicionados em relação à segurança intrínseca e à ordem extrínseca.

Vistas na perspectiva do sujeito central do processo de evolução, as crianças têm de ser os principais beneficiários desse desenvolvimento, sem o que não se avança na trilha em direção à nova ordem internacional.

Desses fatos extraem-se duas consequências de máxima relevância: *a)* A criança é o sujeito titular prototípico do direito ao desenvolvimento, *b)* o Estado é o sujeito titular prototípico dos correlativos deveres, com a responsabilidade primária pela adoção das políticas necessárias e suficientes à plena efetivação desse direito ao desenvolvimento infantil.

Nesse direito ao desenvolvimento incluem-se todos os direitos humanos e liberdades fundamentais da criança. Por essa razão, é direito humano fundamental; portanto, direito absoluto, que limita os poderes do próprio Estado, segundo disserta MIRANDA (1974, p. 621).

As crianças, enquanto pessoas titulares desse direito, podem não somente participar como, ainda, desfrutar do desenvolvimento para que, a seu tempo, devam contribuir à sua plena eficácia para as presentes e futuras gerações.

Por sua vez, os Estados têm a obrigação de formular adequadas políticas para a realização desse direito ao desenvolvimento das crianças em completa conformidade com o pleno respeito aos princípios assentes no Direito das Gentes, o que implica a ajuda aos Estados que estejam, também eles, em desenvolvimento, sobretudo sob os aspectos socioeconômicos.

Uma vez que o direito ao desenvolvimento é prioritariamente de conteúdo reconstrutivo, se houve atos violativos, e construtivo, para que não haja atos violativos aos direitos essenciais da criança, ele fundamenta-se em duas técnicas: a da igualdade, para que haja justiça, e a da liberdade, para que haja paz.

Com isso, o poder público tem de adotar medidas de proteção, estímulo e fortalecimento ao irrestrito respeito universal ao *plus* na situação sociojurídica das crianças, de modo que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais fiquem incólumes a quaisquer espécies de violação, sem preconceitos ou distinções sobre o *status*, tais a origem, raça, sexo, cor, idade, língua e religião, *v.g.*

Se ocorrem falhas nas relações de adaptação entre o meio social e as crianças, os Estados têm de providenciar para a remoção desses obstáculos, por um lado mediante a destinação dos recursos imprescindíveis para os produtos e serviços com que se satisfaçam as pretensões pertinentes a esses direitos, por exemplo, as que se refiram à saúde, alimentação, habitação, educação, profissionalização e lazer, com os quais se possibilite convivência familiar e comunitária com dignidade e respeito, por outro lado com a garantia de seu efetivo acesso e desfrute desses bens por seus destinatários, as crianças.

Conforme se expressou na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, todos esses aspectos do direito ao desenvolvimento, indivisíveis e interdependentes, têm de ser considerados no contexto do todo<sup>2</sup>, para toda a erradicação das injustiças sociais, com o que se explicita o enunciado da criança antes de tudo.

---

<sup>2</sup> Resolución nº 41/128, de 4 de dezembro de 1986, art. 9º, nº 1; v. arts. 1º-6º e 8º.

#### 4 Princípio da “criança antes de tudo”

Esse direito ao desenvolvimento foi reafirmado na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos como integrante dos direitos humanos fundamentais, de natureza indivisível e extensão universal.<sup>3</sup>

Como a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento<sup>4</sup>, assenta-se clara a necessidade de intensificarem-se os esforços para o efetivo respeito aos direitos essenciais da criança, seja no âmbito interno dos Estados, quer na esfera externa do Direito das Gentes, principalmente por meio do Fundo das Nações Unidas para a Infância, *United Nations Children's Fund – UNICEF*.<sup>5</sup>

A partir desse dado e da premissa de que a criança, por ser inocente, vulnerável e dependente<sup>6</sup>, está submetida potencial e concretamente a seriadíssimos atos violativos a seu desenvolvimento, para que os direitos das crianças tenham vida em plenitude e seu bem-estar seja verdadeiramente universal, são inafastáveis a ratificação universal e a redução máxima possível de reservas à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989<sup>7</sup>, e a adesão universal à Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança, de 1990.<sup>8</sup>

De modo conjunto, os poderes públicos na esfera do Direito das Gentes e no âmbito interno dos Estados têm de, incondicionalmente, aderir ao Plano de Ação para a implementação concreta dessas diretrizes<sup>9</sup>, de modo a eliminarem-se ou reduzirem-se as concausas eficientes de desrespeito aos direitos fundamentais da infância, desde as verificadas no (a) meio ambiente de todos os povos até as constatadas na (b) extrema pobreza em que possa sobreviver cada criança.

Sob o prisma material, esses planos de ação – a serem praticados também pela família e por organizações não-governamentais – hão de combater as emergências devastadoras decorrentes tanto (a) dos desastres ambientais, naquela primeira dimensão, como da (b) desnutrição básica, exploração e abuso das crianças, nesta segunda dimensão.

---

<sup>3</sup> *Declaración y Programa de Acción de Viena*, nº 10.

<sup>4</sup> *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, adotada pela ONU a 4 de dezembro de 1986, art. 2º, nº 1.

<sup>5</sup> *Declaración y Programa de Acción de Viena*, II, nº 45.

<sup>6</sup> *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança*, Nova Iorque, 30 de setembro de 1990, nº 3.

<sup>7</sup> *Resolución* nº L.44 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989.

<sup>8</sup> Conferência Internacional de Cúpula sobre a Criança, Nova Iorque, 28-29 de setembro de 1990.

<sup>9</sup> Plano de Ação, Nova Iorque, 30 de setembro de 1990.

Na perspectiva procedimental, essas diretrizes vinculam as atividades de interpretação e aplicação de todas as normas para o efetivo favorecimento ao desenvolvimento físico, espiritual, psicológico, moral e social das crianças, como se ressalta no art. 12 da *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, no direito salvadorenho.

Com esses enunciados, que sintetizam o princípio “da criança antes de tudo”, revela-se, a partir da situação sociojurídica da infância desprotegida, o ideário de projeção da garantia da situação fática em que se verifique, mediante a concretude dos direitos fundamentais das crianças, o efetivo progresso para a criança como meta principal do desenvolvimento humano.

## 5 Direitos dos filhos da mulher presa

Precedida da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>10</sup> e da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>11</sup>, há quase meio século a Carta Encíclica *Pacem in Terris* assentara que a família há de ser considerada o núcleo fundamental e natural da sociedade humana. Merece, como tal, medidas especiais – de natureza econômica, social, cultural e moral – que contribuam para consolidar sua estabilidade e auxiliá-la no desempenho de sua função:

*“Quod ad familiam attinet, quae in matrimonio nititur, libere nimirum contracto, uno, indissolubili, ipsam existimari opus est tamquam humanae societatis primum et naturale semen. Ex quo oritur, ut eidem sit diligentissime consulendum, cum in re oeconomica et sociali, tum in provincia doctrinarum et morum; quae scilicet omnia eo pertinent, ut familia firmetur et ad munus suum tenendum adiuvetur.”*<sup>12</sup>

Como círculo social, a família é fato duradouro, acentuam PLANIOL, RIPERT e ROUAST (1952, p. 2), ainda que haja a renovação temporal de seus membros, pois ela não perde sua unidade, conforme ressalta MIRANDA (1947, p. 83).

No dado social da família revela-se o fato da convivência de seres humanos. Seu fundamento, como acentuado na mencionada *Litterae Encyclicae Pacem in Terris*, é o princípio de que todo ser humano é uma pessoa que, por ser dotada de inteligência e livre vontade, é capaz dos direitos e deveres. E como na relação familiar os direitos e deveres são emanados da própria natureza humana, são eles absolutamente invioláveis:

*“Porro in quovis humano convictu, quem bene compositum et commodum esse velimus, illud principium pro fundamento ponendum est, omnem hominem personae induere proprietatem; hoc est, naturam esse, intellegentia et voluntatis libertate praeditam; atque adeo, ipsum per se iura et officia habere, a sua ipsius natura directo et una simul profluentia. Quae propterea, ut generalia et inviolabilia sunt, ita mancipari nullo modo possunt.”*

<sup>10</sup> *Resolución n° XXX*, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, de 30 de abril de 1948, art. VI.

<sup>11</sup> *Resolución n° 217*, de 10 de dezembro de 1948, art. XVI, n° 3.

<sup>12</sup> *Litterae Encyclicae Pacem in Terris*, Roma, 11 de abril de 1963.

Assentado na imaturidade física e mental das crianças<sup>13</sup> – fato biológico que naturalmente justifica a necessidade de sua proteção especial<sup>14</sup> – está, entre esses direitos absolutos, o próprio direito que a criança tem à ambiência familiar afetuosa, com a proteção especial e assistência necessária à assunção e exercício condignos de suas responsabilidades na comunidade<sup>15</sup>, como uma das condições para a plenitude de seu direito ao desenvolvimento.

O respeito a esse direito, porque assegura o desenvolvimento, envolve a efetivação de todos os direitos essenciais das crianças.

Tais direitos são, além de absolutos, universais, pois não se definem pela nacionalidade da criança, senão pelo fato da origem e fundamento na dignidade da pessoa humana, como se revela no Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>16</sup>

Absolutos e universais, não podem jamais se desconsiderados, até porque no seio da família os direitos dos filhos devem ser a consideração primordial.<sup>17</sup> E assim há de ser porque, se esses direitos exaltam a técnica da liberdade individual, os correlativos deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.<sup>18</sup>

(a) Indaga-se: Se a mulher vem a ser privada de sua liberdade e retirada do convívio com os filhos menores, *¿quid iuris?*

Antes da resposta sobre o sentido e alcance não somente desse, mas de outros dos principais direitos que os filhos de uma presidiária têm no período em que, privada de sua liberdade, ela esteja conseqüentemente fora do convívio familiar, cabem estes prévios esclarecimentos.

A linguagem dos direitos humanos é natural. Por conseguinte, ambígua e vaga, pois os signos linguísticos não definem sua conotatividade, com a indefinição da intenção em seu uso, nem sua denotatividade, com a não delimitação de sua extensão, segundo as expressivas ponderações de CARRIÓ (1973, pp. 27, 28, 69, 73, 136 e 137).

Diante dessa textura aberta da linguagem jurídica, impõe-se a sistematização por meio da paráfrase apontada por VERNENGO (1971, p. 67). Com ela, define-se e previne-se a

---

<sup>13</sup> *Declaração dos Direitos da Criança*, de 1959, Preâmbulo.

<sup>14</sup> *Declaração dos Directos da Criança em Genebra, Geneva Declaration of the Rights of the Child*, adotada pela Liga das Nações Unidas em 26 de setembro de 1924, item nº 1.

<sup>15</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989, Preâmbulo.

<sup>16</sup> *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, de 1948, Preâmbulo; *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, de 1966, Preâmbulo; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1966, Preâmbulo; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 1969, Preâmbulo; *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 1993, Preâmbulo.

<sup>17</sup> *Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*, art. 6º, nº 2, alínea “c”, 2ª parte; *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*, art. 16, nº 1, alínea “d”, 2ª parte.

<sup>18</sup> *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, Preâmbulo.

incerteza na formulação dos problemas e descoberta das soluções, conforme disserta ALVES (1992, p. 39).

De acordo com as acepções da Convenção sobre Amparo à Maternidade, aqui adotadas, “mulher” é a pessoa do sexo feminino, independentemente de idade, nacionalidade, raça, credo e estado civil, enquanto “filho” é a criança havida ou não da relação de matrimônio.<sup>19</sup>

Em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança, essa é o ser humano menor de dezoito anos de idade<sup>20</sup>, se a lei pessoal não indica diversamente<sup>21</sup>, conforme se afirma supraestatalmente no Código de Bustamente<sup>22</sup> e, internamente, se reafirma na doutrina egípcia de BESTAWROS (1929, p. 35) e na versão francesa do direito grego por MAMAPOULOS (1956, p. 1). Abrangem-se as crianças *a*) presentes, *b*) por nascer e *c*) futuras.

Com efeito, a tutela é à criança *a*) nascida, *b*) nascitura – sem necessidade de invocar-se, aqui, a tradição jurídica multissecular de ter-se por nascido o ser humano que ainda esteja *en ventre sa mère*, referida no texto japonês anotado por DOMINGO e HAYASHI (2000, p. 60) e no austríaco traduzido por DOUCET (1947, p. 14) – e *c*) conceptura, *nondum concepti*, pois excepcionalmente pode haver retroeficácia protetiva à criança ainda não gerada, *noch nicht erzeugter*, tal a hipótese de ter sido indicada beneficiária em testamento em favor de presidiária viva na data do falecimento do testador, conforme se lê nas obras doutrinárias tudescas de KÖHLER (2001, p. 394) e MASSFELLER (1958, p. 676), portuguesa de CAEIRO e MEIRIM (1986, p. 436), italianas de GALGANO e INZITARI (1996, pp. 68, 91, 94 e 100) e BARASSI (1914, p. 61) e brasileira de BEVILACQUA (1955, p. 139).

Segundo os princípios<sup>23</sup>, privada de liberdade é a mulher que não pode livremente ir, ficar ou vir por restrição a seu direito de locomoção, detenção ou prisão, preventivamente ou não, antes ou depois da decisão condenatória, recorrível ou preclusa.

(*b*) Responde-se: O Direito Internacional sobre os Direitos Humanos estatui que os membros da família têm assegurado o direito de proteção por ela ser a base da sociedade. Se a

---

<sup>19</sup> Convenção nº 103, da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, de 4 de junho de 1952, art. 2º.

<sup>20</sup> Resolución nº L. 44, da Organização das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, art. 1º.

<sup>21</sup> Na República Federativa do Brasil, *v.g.*, “criança” é a pessoa até doze anos de idade, segundo a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 2º; na República da Guatemala, a infância estende-se até os treze anos de idade, conforme o Decreto nº 27, de 4 de junho de 2003, art. 2º. Segue esta diretriz guatemalteca o art. 1º da Lei uruguaia nº 17.823, de 7 setembro de 2004, enquanto o mesmo critério da lei brasileira tem o art. 2º da Lei costarriquenha nº 7.739, de 6 de janeiro de 1998.

<sup>22</sup> Convenção de Direito Internacional Privado, assinada em Havana a 20 de fevereiro de 1928, art. 27, com alcance dos Estados contratantes e aderentes.

<sup>23</sup> Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, art. 5º; Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998, arts. 58, 59, 77, 78, 92 e 103; Convenção Americana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, de 9 de junho de 1993, art. 1º.

mãe é privada de sua liberdade, tem de ser humanitariamente tratada com respeito à sua dignidade, o que implica a efetivação indiscriminada de todas as medidas protetivas a seus filhos menores<sup>24</sup>, especialmente antes e depois do parto.<sup>25</sup>

Desses enunciados extraem-se os direitos dos filhos da mulher presa, a saber.

### **5.1 Primado do direito à existência: direito à vida, à saúde, ao convívio materno-paternal, à dignidade, à honra e ao respeito**

Uma vez que o direito à vida é inerente à pessoa humana,<sup>26</sup> toda criança tem o direito inerente à vida<sup>27</sup>, a que corresponde o dever do *alter* à sua garantia prioritária, sem direito à morte.<sup>28</sup>

Família, sociedade e Estado têm a obrigação de efetivar todas as medidas que permitam o nascimento com vida e o subsequente desenvolvimento sadio e harmonioso.

Se a mãe está encarcerada, o nascituro tem direito a que o Poder Público dê a ela, desde os primeiros três dos nove meses de gravidez, assistência pré-natal gratuita por profissionais da saúde, para a intensificação do vínculo físico-emocional entre a criança e a mãe, por um lado e, por outro, a prevenção de doenças, infecções e disfunções na própria mãe, além do feto (antes, embrião e zigoto). Inclui-se o direito a exames laboratoriais, medicamentos e vacinas.

Esse direito da criança, de primeira geração, à vida é inato. Nascida com vida, ela tem o direito de segunda geração à vida em um nível adequado para si próprio<sup>29</sup>, para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social<sup>30</sup>, com as provisões de identidade e vida. Estão aí o direito a declaração de nascimento, com anotações de intercorrência do parto e desenvolvimento neonato, o direito a um nome que, na dicção de PLANIOL, RIPERT e SAVATIER (1952, p. 115), lhe permita a individualização, além do direito a uma nacionalidade.<sup>31</sup> Também, o direito a exames para diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, com o sucessivo direito à orientação da mãe acerca desses défices.

---

<sup>24</sup> *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, arts. 10, nº 1, 23, nº 1, e 24, nº 1.

<sup>25</sup> *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 10, nº 2.

<sup>26</sup> *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, art. 6º.

<sup>27</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. III; *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 6º, nº 1.

<sup>28</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 24, nº 2, a).

<sup>29</sup> *Pacto Internacional dos Directos Económicos, Sociais e Culturais*, art. 11, nº 1.

<sup>30</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 27.

<sup>31</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. XV, nº 1; *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 7º, nº 1, e art. 8º.

Particular importância tem o direito de permanência do neonato com a mãe, mediante tratamento carcerário estatal que lhe assegure alojamento conjunto em estabelecimento com agentes do sexo feminino, próprio e adequado ao direito a berçário, para que se eficacize o direito a aleitamento até os seis meses, preferentemente até os dois anos de vida. Há o mediato direito da criança à segurança alimentar e nutricional de sua mãe, em quantidade suficiente e qualidade necessária a serem prestadas pelo Poder Público, se ela necessita dele, porque indiretamente dele também a criança precisará como condição do direito à amamentação materna.

Revelam-se primordialmente relevantes os correspondentes deveres do Poder Público aos tratamentos que, iniciados na gestação, desenvolvidos no parto – há direito a parto normal com anestesia peridural e medicamentos de indução ao parto! – e nos quarenta dias aproximados de puerpério, se prolonguem de modo a assegurar a incolumidade do direito à saúde da criança, inclusive pelo trato psicológico contra a depressão materna pós-parto.

Se nasce com deficiência física, sensorial ou mental, a criança tem, em condições que garantam sua integração à vida comunitária com dignidade<sup>32</sup>, direito a atendimento especializado, direito a medicamento, direito a próteses, direito aos recursos de tratamento, habilitação e reabilitação, direito de acesso a bens e serviços coletivos e difusos, e, sobretudo, direito ao convívio imediato com a mãe. Nessa hipótese, por questões humanitárias condizentes com a dignidade humana da criança e da mãe, *de lege ferenda* é de suscitar-se o direito a parcial ou temporária isenção de sua pena, conforme preconiza DEL VECCHIO (1946, p. 192).

Aos seis meses, aproximadamente, nasce à criança filha de presidiárias o direito à odontopediatria, a ser exercido a cada período de seis meses, principalmente aos seis e doze anos na idade infantil, de preferência com o mesmo odontopediatra. Se faltou o direito à orientação materna sobre a higienização bucal da criança, porque se descumpriu o direito da criança a campanhas de educação sanitária<sup>33</sup> à mãe presidiária, há o direito a tratamento de cárie, com o direito a anestesia para a obturação.

O feto e depois dele, a criança, filha da mãe em cárcere, têm direito à paternidade responsável, fundamentado no direito mais amplo a seu desenvolvimento e no princípio da dignidade humana. Ainda na gravidez, há o direito do nascituro ao vínculo paterno-filial, que após o nascimento tem de ser mantido e intensificado, para que não se percam os referenciais intra-uterinos e o direito da criança à integridade psíquica não fique lesado. Nesse sentido, está claro que os filhos da presidiária têm direito à permanência do pai, pelo tempo remanescente

---

<sup>32</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 23.

<sup>33</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 24.



ao convívio com a mãe, o que *de iure condendo* conduz à necessidade de afastamento remunerado dos pais de suas atividades laborativas, pelo período mínimo de seis meses após seu nascimento.

Na efetivação desse direito observa-se o também direito à vida privada que tais crianças têm nas relações paternofiliais, enquanto encarceradas suas mães, de modo a prevenir-se qualquer violação arbitrária ou ilegal à esfera de sua intimidade familiar.

Os filhos da mulher presa, como pessoas em desenvolvimento, têm direito à dignidade, em cujo conteúdo está o ficarem a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório, humilhante ou intimidatório, o que implica o nascimento de pretensões contra qualquer “*forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante*”, como se exemplifica no direito argentino com a *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley nº 26.061, 28 de septiembre de 2005, art. 9º*.

Essa dignidade pessoal implica o natural sentimento e consciência de que são pessoas dignas. Somado à estima e consideração moral dos outros, forma-se o que, na expressão de MIRANDA (2000, p. 71), constitui o conteúdo da honra, cujo direito, também de titularidade dessas crianças, pode ser lesado pela injúria que atinge o sentimento que elas têm a respeito de seu decoro, pela difamação que ofende a reputação em que são tidas, pela calúnia que infringe a verdade.

Nesse âmbito está o direito à verdade que todos os filhos da presidiária têm e podem exercer contra o mal da mentira para que o bem da verdade passe à frente, na expressiva ponderação de MIRANDA (2000, p. 64). E, além dele, o direito à preservação da imagem dos filhos das mulheres presas, de natureza ubíqua, que tanto pode remeter ao direito à honra das crianças como ao direito à sua própria identificação.

Têm, igualmente inato, o direito ao respeito, com que se lhes assegure proteção contra perturbações a seu desenvolvimento com integridade moral. No teor desse direito está o direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, com os consequentes direitos daí advindos, tais os direitos à preservação da autonomia, dos valores, das ideias, das crenças, dos espaços e dos objetos pessoais das crianças.

Em razão desse direito ao respeito, as crianças podem, por exemplo, contrapor-se a qualquer exposição, difusão ou exposição de dados, informações ou imagens de suas mães que permitam, ainda que indiretamente, identificá-los, máxime com atingimento à sua dignidade humana.

## 5.2 Direitos sociais de subsistência: direito à educação, ao trabalho, à moradia e ao ideal

Fundado na dignidade da pessoa humana e tendente à menor desigualdade social por meio de efetivo desenvolvimento da personalidade, qualificação ao trabalho e preparo ao exercício da cidadania, o filho de mãe encarcerada tem direito à educação, a ser exercido pelo pai ou quem exercer essa corresponsabilidade parental em família substituta<sup>34</sup>, com assistência pela sociedade e Estado.<sup>35</sup>

Daí decorrem – como expressão basilar do direito à vida – o direito a atendimento em creche e pré-escola na fase infantil antecedente à alfabetização, o direito a acesso e permanência na escola em igualdade de condições com o *alter*, o direito a escola pública e gratuita próxima de sua residência, o direito a ensino primário obrigatório e gratuito, o direito a ensino secundário gratuito<sup>36</sup>, o direito ao ensino noturno regular, o direito de acesso ao nível superior de ensino segundo o mérito individual, todos eles subsumidos no direito difuso de acesso aos níveis mais elevados de ensino.<sup>37</sup>

Os filhos de presidiárias têm direito ao ensino profissionalizante, direito a orientação técnica<sup>38</sup> e profissional e direito a trabalho que não atente contra nenhum dos direitos fundamentais da infância<sup>39</sup>, notadamente os direitos à saúde, à educação e ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social, e de absoluta conformidade aos *essentialia* previstos na lei interna de cada Estado.

Ainda que presa sua mãe, os filhos menores têm direito a moradia, como uma das projeções do direito à participação no convívio familiar, sem discriminações. Liga-se ao direito ao respeito, que impõe ao pai, à sociedade e ao Estado o correlativo dever de respeito às crianças por meio da prevenção de toda e qualquer inviolabilidade à sua dignidade como pessoa humana, inclusive mediante preservação de sua intimidade, espaços e objetos pessoais.

As crianças, filhas de presidiárias, além dos direitos atrelados ao princípio de igualdade, têm o relevante direito ao ideal. Abrange o direito ao lazer voltado para a infância, com remissão ao direito de brincar, ao direito de praticar esportes, ao direito de divertir-se e ao direito de participar da vida cultural, artística e científica, própria da idade.<sup>40</sup> Na pendência do

---

<sup>34</sup> *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13, nº 3.

<sup>35</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 24.

<sup>36</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. XXVI, nº 1; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 13, nº 2; *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 28, nº 1, a) e b).

<sup>37</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 29.

<sup>38</sup> *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturales*, art. 6º, nº 2.

<sup>39</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 28, nº 1, b) e d), e art. 32.

<sup>40</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 31.

encarceramento de suas mães, têm pretensão a que o Poder Público, com a participação da sociedade civil, defina programas, destine recursos e viabilize espaços para essas atividades, notadamente para a efetiva inclusão das crianças deficientes.

### **5.3 Liberdades fundamentais dos filhos das presidiárias**

Os direitos fundamentais referem-se, entre outros, à democracia, à igualdade e à liberdade, razão pela qual neles se incluem as liberdades fundamentais. No entanto, assente o primado do Direito das Gentes sobre o direito interno dos Estados – pois, como acentua MIRANDA (1973, p. 217), ao criar as suas regras jurídicas o Direito das Gentes criou a linha de competência que exclui igual competência dos Estados –, nele faz-se referência também às liberdades fundamentais, pelo que são mencionadas aqui.

Da Carta Internacional dos Direitos Humanos extrai-se que todas as crianças nascem livres e iguais em dignidade e direitos.<sup>41</sup> Um dos fundamentos dessa liberdade está precisamente no reconhecimento da igualdade dos direitos fundamentais, da dignidade e do valor inerentes à sua pessoa humana.<sup>42</sup>

Por essa consideração, a liberdade é valor básico na organização sociopolítica do Estado, que tem de assegurá-la a todas as crianças como condição de seu exercício, sem o que não se pode falar da dignidade humana de nenhuma criança.

É no âmbito dessas ponderações – e adotado o signo linguístico “liberdade” com o conceito interpessoal ou social explicitado por OPPENHEIM (2000, p. 708) –, em que afloram os filhos das presidiárias como crianças que podem ser e agir como tais em igualdade de condições com todas as demais crianças, sem possibilidade jurídica de qualquer discriminação, que têm pertinência as liberdades fundamentais.

A maior e mais alta delas é a liberdade de pensamento, segundo BARBOSA (1933, p. 333), a que se ligam as liberdades de consciência e crença<sup>43</sup>, circunscritas ao direito de opinião, cuja liberdade de expressão também se assegura às crianças.<sup>44</sup> Essa liberdade de expressão alcança as liberdades de buscar, receber e transmitir informações e ideias de todos os tipos e

---

<sup>41</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. I.

<sup>42</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, Preâmbulo.

<sup>43</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 14, nº 1.

<sup>44</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 12, nº 1.

por quaisquer meios, em sua vida cotidiana familiar, escolar e comunitária, independentemente de fronteiras.<sup>45</sup>

A liberdade de religião possibilita ao filho da presidiária as liberdades de ter e conservar uma religião, ou dela mudar, como também as liberdades de professá-la e divulgá-la individual ou coletivamente, inclusive em público<sup>46</sup>, segundo o grau de seu desenvolvimento pessoal e, evidentemente, sob as limitações do ordenamento jurídico.

Enquanto encarceradas suas mães, os filhos menores têm asseguradas as liberdades de associação e de reunião pacífica, limitáveis por interesses públicos ou pela necessidade de coextensiva proteção aos direitos e liberdades alheias.<sup>47</sup> Podem, portanto, livremente associar-se com outras pessoas, crianças, adolescentes e adultos, para quaisquer fins sociais lícitos compatíveis com seu desenvolvimento pessoal, tais as atividades religiosas, artísticas, científicas, religiosas, políticas, desportivas e recreativas, *v.g.*

## **6 Efetivação dos direitos dos filhos da presidiária, *de lege lata* e *de lege ferenda***

Os direitos de existência e subsistência dos filhos da presidiária afirmados no Direito das Gentes e positivados, ou não, nos ordenamentos jurídicos internos, limitam os poderes dos Estados, e a eles opõem-se.

Além dos Estados, também as famílias, a comunidade e a sociedade civil têm o dever e a obrigação de assegurar-lhes esses direitos com absoluta prioridade. Nesse sentido, os pais ou corresponsáveis parentais, enquanto encarceradas as mães, têm o dever e a obrigação de matricular os filhos menores para, assim, tornar-lhes efetivo o direito social à educação. Os dirigentes do estabelecimento em que matriculadas essas crianças têm, por sua vez, o dever e a obrigação de comunicar ao Poder Público situações de fato que ponham em risco a efetivação desse direito, como as reiteradas faltas injustiçadas à escola. E o Poder Público tem o dever e a obrigação de atribuir destinação privilegiada de recursos humanos e materiais nessa área de proteção à infância, de modo a poder tornar concreta, com absoluta prioridade, a precedência de atendimento desse fato no serviço público e ao público.

Em se dando violação efetiva ou potencial à sua esfera jurídica, os próprios órgãos estatais têm obrigação de exercer no juízo interno tríplice pretensão de proteção à infância:

---

<sup>45</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 13, nº 1; *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. XIX; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 191, nº 2.

<sup>46</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 12, nº 1; *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 14, nº 3.

<sup>47</sup> *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 15, nº 1.

pretensão inibitória *a*) para a sua imediata e definitiva proteção no juízo interno e, se ineficiente, no juízo extranacional, com a garantia supraestatal da legitimação popular *ad causam*; *b*) pretensão condenatória *b*) no âmbito criminal e *c*) na esfera administrativa à responsabilização das autoridades e dos agentes faltosos no juízo interno.

Ademais, é necessária a previsão nas leis fundamentais da obrigatoriedade de alocação de recursos financeiros em percentual mínimo, *v.g.*, de cinquenta por cento, das receitas tributárias estatais líquidas, para a implementação universal, manutenção objetiva e desenvolvimento não-seletivo internos de todos os direitos fundamentais dos filhos das presidiárias, por meio da participação democrática dos órgãos do Estado e da sociedade civil<sup>48</sup>, sob acompanhamento e avaliação externa.

## 6 Conclusão

A técnica legislativa dos sistemas jurídico-positivos dos Estados é falha na previsão dos direitos dos filhos de mulheres submetidas a medidas de privação de liberdade.

Essas lacunas no plano do direito intraestatal não são verificadas no Direito das Gentes. Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), negócios jurídicos constitutivos da denominada Carta Internacional de Direitos Humanos, a exemplo dos demais Instrumentos Universais dos Direitos Humanos, notadamente a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), explicitam os direitos essenciais cuja promoção e proteção são necessárias para que possam crescer em um ambiente de bem-estar no convívio familiar e assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade.

A lacuna nos ordenamentos jurídicos positivos internos não impede, em absoluto, a irradiação dos direitos que a ordem jurídica supraestatal, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, prevê como de observância e efetivação inelimináveis ao pleno preparo das crianças para viverem condignamente na sociedade.

Em havendo antinomia entre as regras jurídicas supraestatais e as normas internas, tem de haver a submissão destas regras dos direitos internos àquelas regras de direito das gentes.

Com isso, revelados pela metodologia indutivo-experimental em primera plana os direitos à existência, dentre eles o direito à vida, o direito à saúde, o direito ao convívio materno-paternal, o direito à dignidade, o direito à honra, o direito ao respeito, bem assim os direitos

---

<sup>48</sup> *Carta Democrática Interamericana*, arts. 3º, 4º, 6º e 7º.

sociais de subsistência, tais o direito à educação, o direito ao trabalho, o direito à moradia e o direito ao ideal, com todos os direitos apontados como seus corolários, afere-se que nenhum deles tem sua existência por terem sido concedidos pelos Estados às crianças a eles ligadas por vínculo de cidadania.

Muito diversamente dessa concepção positivista, confere-se que todos esses direitos fundamentais dos filhos das mulheres presas nascem como efeito natural inerente à dignidade de sua pessoa humana, de modo a se imporem aos Estados, que têm necessariamente de reconhecer a sua existência prévia e limitativa à própria soberania estatal.

Por isso mesmo, todos os Estados, haja ou não previsão em seus ordenamentos positivos desses efeitos jurídicos da prole das mulheres presas, têm absoluto dever e incondicional obrigação de implementar, promover e proteger todos os direitos dos filhos de mães privadas de sua liberdade.

É comportamento exigível de todos os Estados com fundamento primeiro na democracia, com fundamento intermédio na liberdade, com fundamento final na igualdade.

Afinal, são esses os três caminhos – Democracia, Liberdade e Igualdade – que todos havemos trilhar para que haja Justiça e Paz no mundo.

## **Referências**

ALEMANHA. **Bürgerliches gesetzbuch**. Einführung von Helmut Köhler. 49. Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso nocivo da propriedade**. São Paulo: RT, 1992.

BARASSI, Lodovico. **Istituzioni di diritto civile**. Milano: Francesco Vallardi, 1914.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 5.

BESTAWROS, Gabriel. **Code civil égyptien mixte annoté**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1929. v. 1.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos estados unidos do Brasil**. Atualização: Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. 9. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1955. v. 6.

BRASA, Teresa M. Estevez. **Derecho civil musulmán**. Buenos Aires: Depalma, 1981.

CAEIRO, António; MEIRIM, José M. **Código civil, arrendamento urbano, convenções internacionais**. Coimbra: Almedina, 1986.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. I
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.
- COVIELLO, Nicolas. **Doctrina general del derecho civil**. Tradução de Felipe de J. Tena. Concordâncias com o direito mexicano por Raul Berron Mucel. Buenos Aires: Hispano-Americana, 1938.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- D'AGUANNO, Jose. **Génesis y evolución del derecho**. Introdução de G. P. Chironi. Tradução de Pedro Dorado. Buenos Aires: Impulso, 1943.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **La giustizia**. Roma: Studium, 1946.
- DOMINGO, Rafael; HAYASHI, Nobuo. **Código civil japonés**. Prólogo de Antonio Garrigues Walker. Madri: Marcial Pons, 2000.
- DOUCET, Michel (Trad.). **Code civil general autrichien**. Prefácio de Béthouart. Paris: A. Pedone, 1947. (Haut Commissariat de la République Française en Autriche).
- FALLA, Fernando Garrido (Coord.). **Comentarios a la constitución**. Madri: Civitas, 1985.
- GALGANO, Francesco; INZITARI, Bruno. **Códice civile e leggi complementari**. Padova: CEDAM, 1996.
- KANT, Emmanuel. **Fondements de la Métaphysique des Moeurs**. Tradução de Victor Delbos. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992.
- MAMAPOULOS, Pierre (Trad.). **Code civil hellénique**. Nota introdutiva de Petro Vallindas. Athènes: [s.n.], 1956. (Collection de l'Institut Français d'Athènes).
- MASSFELLER, Franz. **Das gesamte familienrecht**. Berlin: Alfred Metzner, 1958.
- MATTEUCCI, Nicola. Direito humanos: declaração dos direitos humanos e história constitucional. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varrialle et al. Coordenação: João Ferreira. Revisão: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. v. I. p. 353-355.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**. 2. ed., rev. 2ª tir. São Paulo: RT, 1973. t. I.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969.** 2. ed., rev. 2ª tir. São Paulo: RT, 1974. t. IV.

\_\_\_\_\_. **Garra, mão e dedo.** Revisão e prólogo de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução à sociologia geral.** Revisto e prefaciado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os novos direitos do homem.** Rio de Janeiro: Alba, 1933. (Coleção dos 5 Direitos do Homem, Ciencia e Trabalho).

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado.** Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. VII.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Noções preliminares de direito civil.** São Paulo: RT, 2002.

OPPENHEIM, Felix E. Liberdade. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução: Carmen C. Varrialle et al. Coordenação: João Ferreira. Revisão: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000. v. II. p. 708-713.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; SAVATIER, René. **Traité pratique de droit civil français.** 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence , 1952. t. I.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ROUAST, André. **Traité pratique de droit civil français.** 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence , 1952. t. II.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERNENGO, Roberto J. **La interpretación literal de la ley y sus problemas.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.