

**Proponente:** Peter Gabriel Molinari Schweikert e Tatiana Campos Bias Fortes

**Área de Atividade:** Infância e Juventude

## **SÚMULA**

A Lei nº 13.257/16 (marco legal da primeira infância), ao suprimir a locução "em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes" da redação original do art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou uma proibição jurídica *prima facie* para o acolhimento institucional e/ou destituição do poder familiar exclusivamente em razão do uso de drogas pelos genitores.

## **ASSUNTO**

Drogas; destituição do poder familiar; impossibilidade jurídica do pedido; acolhimento institucional

## **ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Artigo 5º, incisos I, III e VI, alínea "c", da Lei Complementar Estadual nº 988/06

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80/94

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

Em 8 de março de 2016 foi publicado o chamado "marco legal da primeira infância" (Lei nº 13.257/16) que, no contexto da formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância, alterou a regra prevista no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, subtraindo de sua redação original ("*toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*") a locução grifada, a substituindo por "*em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral*".

Tal mudança é de suma importância pois a expressão suprimida foi utilizada para fundamentar, ao longo de mais de 20 (vinte) anos, a destituição do poder familiar de pessoas que afirmavam fazer uso de substâncias psicoativas, nada obstante a inexistência da conduta no rol das hipóteses autorizadoras da medida (art. 1.638 do Código Civil).

Assim, a partir de uma **interpretação histórico-evolutiva** da Lei nº 13.257/16, pode-se concluir que o microsistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente criou verdadeira proibição jurídica *prima facie* à restrição do direito fundamental à convivência familiar

e comunitária (quer pela aplicação da medida de acolhimento institucional, quer pela destituição do poder familiar), exclusivamente em virtude do uso de drogas pelos genitores.

Façamos, pois, breve digressão.

Sabemos que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê, dentre o rol de medidas aplicáveis às crianças e adolescentes que tiverem seus direitos violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, de seus pais ou responsável ou, ainda, em razão de sua própria conduta, a possibilidade de encaminhamento aos serviços de acolhimento institucional (arts. 98 e 101, inciso VII, do ECA).

Convém observar, como o fazem ZAPATA, FRASSETO e GOMES[1] (2016, p. 86), que

“o Estatuto, diferentemente da Lei Orgânica da Assistência Social, não utiliza as categorias da situação de risco pessoal ou social, ou outras como situação de vulnerabilidade social para definir as crianças e adolescentes a quem se destinam as medidas de proteção, mas dirige a aplicação destas para fazer cessar situações de violação de direitos .

A diferenciação é salutar, sobretudo para se evitar discricionariedades ou excessivos subjetivismos na manipulação destas medidas, já que a categoria do risco – quer do grupo de risco, quer do comportamento de risco –, conforme salienta SODELLI[2] (2016, p. 88/89) “contribui, na verdade, para aumentar o estigma e o preconceito de grupos já marginalizados na sociedade, a saber, profissionais do sexo, homossexuais e usuários de drogas”, além de direcionar “para uma culpabilização individual”, já que a inserção de indivíduos em situações de vulnerabilidade passa a ser compreendida como “uma falha ou displicência pessoal”.

Ora, se o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação de medidas de proteção apenas nas hipóteses em que restar configurada a *ameaça ou lesão aos direitos* daqueles compreendidos na peculiar condição de sujeitos em desenvolvimento, como se pôde justificar, durante mais de 20 anos de sua vigência, seu encaminhamento aos serviços de acolhimento institucional em razão do uso de drogas ou a situação de rua dos pais?

Juridicamente, as inúmeras decisões judiciais que determinaram o acolhimento institucional de crianças e adolescentes filhos/as de pais que apresentavam algum padrão de uso, presente ou pretérito, de substâncias psicoativas apresentavam dois fundamentos principais: (i) o direito de serem criados e educados “em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (redação original do art. 19 do ECA); (ii) a compreensão generalizante de que o uso de drogas pelos genitores, por si só, consiste em prática negligente nos cuidados com sua prole, além de

atentar contra a moral e os bons costumes (arts. 24 do ECA e 1.638, inciso III, do Código Civil).

Se inicialmente o uso de drogas pelos pais era invocado pelo Ministério Público para demonstrar situações de violência, negligência ou abandonos dali decorrentes (e.g. agressões praticados pelo genitor sob efeito de drogas, abandono motivado pelo uso de drogas da genitora), com o passar do tempo, esse mesmo uso de drogas, a despeito da existência de previsão legal para tanto, tornou-se argumento autossuficiente para fundamentar o encaminhamento de crianças e adolescentes aos serviços de acolhimento institucional e, até mesmo, para justificar a perda do poder familiar.

Com isso, maternidades públicas, atentas ao dever de comunicar às autoridades competentes os casos de que tenham conhecimento, “envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente” (arts. 13 e 70-B, ECA), sob pena de incorrerem em infração administrativa (art. 245, ECA), passaram a adotar a prática de enviar relatórios ao Ministério Público e às Varas da Infância e Juventude noticiando o nascimento de filhos/as de mulheres que afirmaram ter apresentado, no passado ou presente, algum padrão (independentemente de qual) de uso de drogas. Tais relatórios, ainda, foram e ainda vem sendo utilizados para justificar o encaminhamento de recém-nascidos aos serviços de acolhimento institucional e até mesmo a destituição do poder familiar de seus genitores.

A prática, contudo, começou a ser contestada à medida em que cresceram, concomitantemente, os movimentos pelo reconhecimento dos direitos da mulher, de sua autonomia e de seu corpo; da luta antimanicomial e do respeito aos direitos fundamentais das pessoas submetidas à tratamentos em saúde mental; e a reformulação das políticas de drogas.

Nesse sentido, em 15 de setembro de 2015, o Ministério da Saúde, em conjunto com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, editou a Nota Técnica nº 01[3], que estabeleceu “diretrizes e fluxograma para a atenção integral à saúde das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos” (posteriormente atualizada, em 10 de maio de 2016, para contemplar as alterações provocadas pelo Marco Legal da Primeira Infância).

Tais notas, em suma, reconhecem que as necessidades decorrentes do uso de álcool e outras drogas requerem uma abordagem multisetorial e interdisciplinar, diante da complexidade das situações apresentadas, que envolvem tanto aspectos relacionados à saúde quanto à exclusão social. Por outro lado, enfrentam diretamente a prática adotadas pelas maternidades públicas de envio compulsório de relatórios ao Ministério Público e às Varas da Infância e Juventude noticiando o nascimento de crianças filhas de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de drogas. Segundo as notas técnicas, “tais recomendações (...) estão, por vezes, ocasionando decisões precipitadas quanto ao afastamento das crianças recém-nascidas de suas mães sem uma avaliação técnica de cada caso”.

Posicionam-se, portanto:

O Ministério da Saúde e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome entendem que decisões imediatistas de afastamento de crianças de suas mães, sem o devido apoio e acompanhamento antes, durante e após o nascimento, bem como uma avaliação minuciosa de cada situação, violam direitos básicos, tais como a autonomia das mulheres e a convivência familiar

E concluem:

Nesse sentido, o Estado deve assegurar os cuidados que contemplem as escolhas das pessoas envolvidas, dentre elas a manutenção do convívio entre mãe e filho, sempre que isso represente o melhor interesse da criança (...) ao mesmo tempo, é preciso garantir os direitos das mulheres que decidirem manterem ou não a guarda da criança, não cabendo aos profissionais qualquer julgamento, mas propiciar o apoio necessário para uma escolha consciente, desde que seja garantida a segurança e o bem estar da criança (...) é importante que os gestores propiciem espaços de acolhida e escuta qualificada para as mulheres e seus(suas) filhos(as) onde estes estejam cuidados nos momentos de vulnerabilidade durante a gravidez e após a alta da maternidade. Estes espaços não devem ser cerceadores de direitos ou punitivos. Devem ser espaços que podem transitar entre a Saúde e a Assistência Social, promovendo o cuidado compartilhado da criança com a mulher, caso seja necessário, e assegurando ações que garantam a proteção desses sujeitos, assim como a possibilidade das mulheres vivenciarem outras formas de sociabilidade, caso desejem.

Caso se conclua que a mulher não reúne condições, naquele momento, para assumir os cuidados da criança, quer pela gravidade da situação de vulnerabilidade em que se encontra, quer em razão da extrema fragilização dos vínculos familiares e comunitários, deve-se-lhe garantir, dentre outros encaminhamentos possíveis, o direito à *convivência familiar assistida*, com o referenciamento da mãe e da criança à uma unidade de acolhimento (Serviço de Acolhimento do SUAS, Unidade de Acolhimento ou mesmo à Casa da Gestante, Bebê e Puérpara), de modo a manter o convívio mãe/filho, sem deixar a criança exposta a riscos ao seu desenvolvimento.

Paralelamente ao posicionamento adotado pelo Ministério da Saúde, observamos também que diversos conselhos de classe também têm se manifestado na mesma linha. O **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, após consulta feita pela Defensoria Pública paulista acerca da viabilidade do exercício da parentalidade por pessoa que faça uso de drogas, posicionou-se no sentido de que:

A princípio, não há como se dizer que genitores que sejam usuários recreativos ou com uso nocivo de drogas ou dependentes terão ou não condições adequadas para o cuidado com seus filhos. Mais especificadamente, a incapacidade funcional, no caso a inépcia temporária ou definitiva, parcial ou total, da parentalidade, pode ser determinada em psiquiatria, obedecendo a critérios clínicos individuais e nunca generalizados (Consulta nº 139.762/2015)

Já o **Conselho Federal de Psicologia**, instado a se manifestar sobre o mesmo tema, apesar de explicar a impossibilidade de se elaborar um parecer técnico sobre a viabilidade do exercício da parentalidade por pessoas que façam uso de drogas, já que cada caso deve ser avaliado em sua singularidade, asseverou que:

na execução de seu trabalho na interface com a Justiça, o psicólogo poderá avaliar as situações onde se coloque questões quanto ao exercício da parentalidade de forma responsável, baseado na legislação vigente e nas teorias científicas sobre desenvolvimento infanto-juvenil. Esclarecemos que, por se tratar de uma situação específica, *não existem diretrizes/recomendações acerca do encaminhamento de recém-nascidos diretamente do setor de obstetrícia de um Hospital para serviços de acolhimentos institucionais de crianças e adolescentes (SAICAs)*. Reafirmamos que cada situação deve ser avaliada em sua complexidade, preservando os direitos que competem às crianças e adolescentes e suas famílias (...) nos problemas referentes ao uso e/ou abuso de drogas, sabemos que há um universo enorme, onde não é a droga em si o problema, mas as condições subjetivas e contextos sociais que tornam, ou não, seu uso problemático e/ou abusivo (Resposta ao Ofício nº 809-P/2016 da Defensoria Pública)

Também o **Conselho Regional de Psicologia de São Paulo** (6ª Região) emitiu nota técnica sobre o exercício da maternidade por mães que fazem uso de crack e outras drogas, preconizando que:

A retirada de recém-nascidos de suas mães ainda na maternidade revela desconhecimento quando associa o uso de substâncias psicoativas necessariamente à ocorrência de violências/violações de direito. Supõe-se, no hospital, que a mãe será incapaz de cuidar do bebê decido ao uso de drogas, não tendo havido até então nenhuma violação de direitos por parte dela (...). Além disso há carência de avaliação adequada sobre as formas de uso de drogas, sendo fácil haver uma avaliação superficial e possivelmente moralizante deste contexto. A partir de tais argumentos sem fundamentação legal,

viola-se o direito básico, garantido por lei, da criança e da mulher à convivência familiar e comunitária.

E arremata:

Dessa forma, é indispensável que se realize a devida avaliação dos casos individuais pelas equipes dos serviços de saúde e assistência social de referência, não sendo eticamente possível tomar encaminhamentos com base em generalizações, preconceitos e estigmas, quando se entende de antemão que a mãe não tem condições de cuidar do bebê. Observa-se também que há a penalização da mãe que muitas vezes não teve direitos garantidos relativos à sua condição de vulnerabilidade e é novamente prejudicada com a perda do direito de exercer a maternidade (...) tendo em vista o exposto, vimos alertar para a necessidade de um olhar fundamentado na promoção de laços sociais e na garantia de direitos da mãe, da criança e da família, em casos envolvendo mães usuárias de *crack*, outras substâncias, e/ou em situação de rua e seus bebês. Assim, a/o psicóloga/o baseará seu trabalho na promoção da saúde e qualidade de vida das pessoas, estando impedido de participar ou ser conivente com violações de direitos, seja por meio de avaliações sem fundamentação ou produção de documentos decorrentes destas.

Por fim, colacionamos também manifesto assinado pelo **Conselho Regional de Psicologia e pelo Conselho Regional de Serviço Social de Minas Gerais**, além de diversas outras entidades de proteção aos direitos da criança e do adolescente, que, dentre outros pontos, reivindica:

Que as redes de saúde mental, da mulher e de atenção a criança do Estado e Municípios sejam acionadas, bem como toda a rede de assistência à saúde e demais políticas setoriais logo que se identifique o abuso de álcool e outras drogas, para que se amenize o impacto criminalizador e excludente das mulheres, pautando em enfrentamentos completos que deem conta de conciliar os direitos das mulheres e dos recém-nascidos

que os casos avaliados como de risco tanto para a mulher quanto para os recém-nascidos sejam encaminhados para acompanhamento e que o acolhimento institucional, bem como a adoção, só sejam solicitados ao poder judiciário após esgotadas todas as possibilidades de permanência da criança junto à família de origem ou família extensa

que se diferencie o uso abusivo e a dependência química de álcool e outras drogas desvinculando da ligação causal estabelecida com negligência e maus-tratos<sup>[4]</sup>

Não só os conselhos de classe vêm aderindo ao movimento de fortalecimento do direito à convivência familiar sem qualquer discriminação, como também vem se mostrando crescente a produção acadêmica sobre o tema, sobretudo em relação à prejudicialidade da separação entre mãe e recém-nascido ao longo da primeira infância.

A título de exemplo, defender ABRUZZI[5] (2011) que para o processo de constituição da maternidade – que, em si, inicia-se muito antes da concepção – contribuem diretamente diversos fatores transgeracionais, culturais e ambientais. Assim, a gestação de mulheres usuárias substâncias psicoativas pode ser experienciada de forma muito semelhante a uma gestação sem riscos aparentes, já que os sentimentos de ambivalência (rejeição *versus* aceitação da gestação), as expectativas e a preocupação com a saúde do bebê e a centralização da mulher no cuidado da criança, são elementos comuns a qualquer vivência da gestação.

Por outro lado, segundo a Autora, durante a gravidez, mesmo em condições ambientais ótimas, há o estresse físico e mental, e quando esse momento é acompanhado de algum problema que possa pôr em risco a mãe e o bebê, ele é vivido com maior intensidade pela gestante. Assim, no interior das maternidades, muitas mulheres, após o parto, desencadeiam sintomas depressivos, que podem condicionar manifestações de tristeza ou mesmo de raiva ou angústia contra os profissionais que as atendem, inclusive a rejeição inicial do próprio filho.

Daí porque não se pode concluir, a partir de uma análise superficial dos comportamentos manifestados pela mulher gestante, pela sua aptidão ou inépcia, temporária ou definitiva, para o exercício da maternagem, já que tais comportamentos são comuns tanto às mulheres usuárias como às mulheres não usuárias de psicoativos.

Note-se, ademais, que condutas que geralmente são atribuídas às gestantes em razão do uso de drogas, como a falta de cuidados pré-natais, a má-alimentação, falta de asseio pessoal etc, podem, na realidade, também ser atribuídos a qualquer mulher gestante que se encontre em situação de pobreza, já que não raro a omissão do Estado no cumprimento dos direitos sociais as deixam desprovidas da atenção à saúde de que são titulares

Frise-se, por fim, que o estereótipo que recai sobre a *mulher-gestante-usuária* causa prejuízos até mesmo antes do nascimento dos filhos, já que, como demonstram as pesquisas sobre o tema, muitos profissionais de saúde argumentam que é justamente essa rotulação, bem como o medo da punição e da perda da guarda dos filhos que levam as gestantes a não procurarem os hospitais para realizarem o pré-natal.

Neste ponto, vale recordar que a Portaria nº 1.190, de 04 de junho de 2009, que institui o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e

Prevenção em Álcool e outras Drogas no Sistema Único de Saúde, estabelece, como diretriz de atenção e atendimento às pessoas que façam uso de álcool ou outras drogas o *enfrentamento do estigma*, tendo em vista que “o acesso ao cuidado tem importantes barreiras sociais oriundas da compreensão ainda existente de que a estes cidadãos devem ser ofertadas somente políticas repressivas”

Por fim, mesmo no âmbito dos Tribunais, embora minoritários, podemos encontrar precedentes que relativizavam o generalizado entendimento de que o uso de drogas pelos genitores deveria implicar o acolhimento institucional de seus filhos:

*ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM CASA ABRIGO COM POSSIBILIDADE DE SUA ENTREGA A FAMÍLIA SUBSTITUTA. SUBMISSÃO A RISCOS. MEMBRO DA FAMÍLIA USUÁRIO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.*

*Em nome do melhor interesse da criança ou do adolescente, instituto que rege as ações envolvendo interesses de incapazes, antes que seja cogitada a perda ou destituição da guarda dos pais ou responsável, e eventual afastamento da criança ou do adolescente do seu lar, deverá o Poder Público adotar, prioritariamente, outra providência destinada à sua proteção, dentre uma série de medidas previstas em lei. **A parte final do artigo art. 19 do ECA, que assegura à criança e ao adolescente o direito de viver em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, não autoriza, por si só, a retirada compulsória da criança ou do adolescente do seio da família onde vive, vez que o próprio ECA estabelece outras formas menos gravosas para a sua proteção.** Verificada a existência de maus-tratos, opressão ou abuso sexual à criança ou adolescente, impostos pelos pais, responsável ou qualquer pessoa da família, a autoridade judiciária deverá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, e jamais o afastamento da criança ou do adolescente, como impõe o art. 130 do ECA, **porquanto a retirada do incapaz do seio de sua família, com colocação em abrigo ou em eventual lar substituto, se revele mais prejudicial e mais danoso à sua personalidade do que permanecer com os seus entes queridos.** Estando comprovada que a decisão antecipatória de tutela não preenche os requisitos legais, a solução que se impõe é a sua reforma. Agravo de instrumento provido. (TJ/MA - 3ª C. Cível. AI nº 0504782014 MA 0009526-50.2014.8.10.0000, Rel. Des.*

Jamil de Miranda Gedeon Neto. J. em 19/03/2015. Publ. em 27/03/2015 )

*APELAÇÃO CÍVEL. REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 227 DA CRFB. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. DESCUMPRIMENTO DE DEVER INERENTE AO PODER FAMILIAR. DEPENDÊNCIA DROGAS E ÁLCOOL. EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS. MULTA AFASTADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.*

*Manifesta a situação de risco da menor, que encontra substância nas provas colhidas durante a instrução do processo. Representada, genitora das menores, é usuária de entorpecentes ("crack") e de álcool, fato este incontroverso. Alegação de que enfrentava momentos difíceis, diante do falecimento do seu ex-companheiro, que não autoriza o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Finalidade da norma que visa à proteção do melhor interesse do menor, que não poderá ser aqui menosprezado. Dependência química traz muitos danos à família, principalmente o abandono familiar. Situação de extrema vulnerabilidade social da genitora. Compete aos pais o exercício do poder familiar, que consiste no sustento, guarda e educação, em aspecto amplo, dos menores, a fim de protegê-los e proporcioná-los o melhor desenvolvimento possível, tanto no campo afetivo, como social e familiar, visto que isso é fundamental elemento no desenvolvimento da personalidade da criança. É esta a ratio extraída do art. 1631, do Código Civil c/c art. 22, do ECA. A Carta Suprema, através de seu art. 227, elevou a criança e o adolescente ao status de sujeitos de direitos, e não mais apenas objetos de proteção, cuja proteção - com prioridade absoluta constituirá dever dos pais, Estado e de toda sociedade, sendo garantia fundamental, com raízes na tutela do princípio da dignidade da pessoa humana. No tocante a multa, é certo que a sua aplicação, na forma do art. 249 do ECA, tem como finalidade primordial a função pedagógica, como instrumento de conscientização dos pais responsáveis aos deveres que lhes cabem em função do exercício do poder familiar, como tentativa última de manutenção da criança e do adolescente em sua família natural, evitando a sua destituição. **Apesar da falta da Apelante, existe sim laço da afetividade, tendo havido o descumprimento de seus deveres de***

***forma culposa, decorrente única e exclusivamente de sua dependência quanto ao uso de álcool e entorpecentes, pelo que entendo não ser a multa medida adequadamente aplicada, sendo o interesse das menores mais eficazmente protegido pelo seu devido encaminhamento a programa de tratamento, como já garantido pela sentença. Pessoa humilde, sem vínculo empregatício estável, que aufera renda inferior ao salário mínimo. Comprometimento da renda familiar caso mantida a condenação e, por via reflexa, os interesses das menores, violando, nitidamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Multa afastada. Precedente desta Corte. Parcial provimento ao recurso.***

(TJ/RJ - 6º C. Cível. APL nº 00052242720108190045 RJ 0005224-27.2010.8.19.0045, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves. J. em 20/03/2013. Publ. em 28/06/2013 - grifei).

Portanto, analisando-se o contexto histórico em que surge a reformulação da regra prevista no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podemos afirmar, categoricamente, que a supressão da expressão “*em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*”, verdadeiro *silêncio eloquente*, corresponde à hipótese de vedação jurídica da aplicação de medida de acolhimento institucional ou do decreto de destituição do poder familiar exclusivamente em virtude do uso de droga dos genitores.

Em outras palavras, é possível concluir que a reformulação legislativa reconheceu a necessidade de se avaliar a situação concreta de cada família, fornecendo os devidos instrumentos a esta para que possa exercer a parentalidade na sua forma completa, devendo ser a institucionalização das crianças e adolescentes – e, precipuamente, a destituição do poder familiar – medida extrema e excepcional.

Como bem ponderado por Eduardo Digiácomo:

Por estas e outras razões, aliás, não é admissível que o afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar seja utilizado como forma de “punição” aos pais (assim como para “pressioná-los” a se submeter a eventual tratamento para drogadição), o que além de atentatório ao “princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos”, relacionado no art. 100, par. único, inciso I, da Lei nº 8.069/90 (sem mencionar na própria Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança), acaba por violar, na prática, o verdadeiro “princípio” decorrente do enunciado do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal[12], fazendo com que os efeitos da decisão incidam com tanto ou maior gravidade sobre as crianças/ adolescentes que também sofrerão os efeitos da intervenção estatal.

Na verdade, o caminho é aquele que já havia sido apontado pela Lei nº 8.069/90 e que a Lei nº 13.257/2016 procurou enfatizar: a implementação de políticas públicas de cunho intersetorial que, respeitando as normas e princípios aplicáveis, notadamente em matéria de saúde e de infância e juventude, proporcione um atendimento/tratamento especializado aos pais ou responsáveis que apresentem envolvimento com substâncias psicoativas, sem que, para tanto, tenham de ser aqueles afastados do convívio com seus filhos/pupilos, ressalvada a presença de situação que, comprovadamente, após criteriosa avaliação técnica, recomende solução diversa, descartando - fundamentadamente - alternativas menos "invasivas"[6].

Trata-se, ao fim e ao cabo, de conferir uma interpretação constitucionalmente adequada ao art. 19 do ECA, em consonância com o comando constitucional que afirma ser a família, base da sociedade, destinatária de "especial proteção do Estado" (art.226, CF), também protegida pelo sistema convencional (arts. 9, 16, 18, 19 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança)

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

Não raro vemos em tramitação perante as Varas da Infância e Juventude ações judiciais propostas pelo Ministério Público visando à aplicação da medida de acolhimento institucional em relação aos/às filhos/as de mulheres que relatam, após o parto, o uso, atual ou pretérito, de drogas. Recorrentemente, aliás, tais medidas são acompanhadas de ações de destituição do poder familiar também propostas pelo órgão ministerial.

Semelhante prática, vale dizer, remonta à época do revogado "Código de Menores", que contrariamente ao que ocorre com a Lei nº 8.069/90, não continha qualquer previsão ou dispositivo voltado ao atendimento à família, e para o qual o afastamento do convívio familiar e subsequente "abrigamento" (atualmente denominado acolhimento institucional) era visto como uma verdadeira "solução" para o problema do "menor" (como a criança/adolescente era outra designada).

No entanto, ao verificarmos o contexto em que estas práticas estão inseridas, observamos que são inúmeras as contraindicações existentes tanto no âmbito do Ministério/Secretarias de Saúde como no âmbito das entidades de classe (conselhos de psicologia e do serviço social) e da academia (estudos, pesquisas, etnografias), os quais enfatizam a existência de uma prática discriminatória e violadora dos direitos humanos das mulheres e de seus filhos, ressaltando, ainda, os diversos outros prejuízos que daí podem advir ao desenvolvimento do recém-nascido ao longo de sua primeira infância.

Por outro lado, compondo um movimento de resistência, as recentes alterações legislativas vêm buscando garantir maior respeito aos direitos das mulheres em situação de vulnerabilidade social. Exemplo claro é o advento do chamado “marco legal da primeira infância” (Lei nº 13.257/16), ora comentado.

Tal mudança de paradigma passa assim a ser de importante ressalva na atuação dos Defensores, quer seja na sua atuação como rede de proteção em momentos pré processuais, que seja na atuação direta em processos litigiosos.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Conforme mencionado, o espectro de atuação nessa área é muito amplo. Como parte integrante do sistema de proteção de crianças e adolescentes sugere-se a articulação com a rede para que se respeite o Fluxo previsto na nota técnica elaborada pelo Ministério da Saúde em conjunto com o Ministério do Desenvolvimento Social. Já no âmbito judicial, sugere-se a utilização de todos os argumentos, documentos e até mesmo decisões para evitar o retrocesso, utilizando-se de alteração do marco legal da primeira infância para convencimento do Magistrado.

Assim, qualquer demanda que pretenda a obtenção de provimento jurisdicional para se alcançar os objetivos tornados proibidos pela Lei nº 13.257/16 deverá ser julgada improcedente antecipadamente, com resolução de mérito, na forma do art. 355, inciso I, c.c. art. 487, inciso I, ambos do Código de Processo Civil. Aliás, saliente-se que, nada obstante a possibilidade jurídica, enquanto categoria de *condição da ação*, não ter sido recepcionada pela nova legislação instrumental, nada afasta a possibilidade de rejeição liminar do pedido, diante da vedação legal.

Nesses casos, portanto, constatada a existência de situação de vulnerabilidade no seio da família, deve o Conselho Tutelar ou mesmo o Poder Judiciário incluir os genitores em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção da família[7], da criança e do adolescente, requisitando em seu benefício, se o caso, tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico (art. 101, incisos IV, V e VI e art. 129, incisos I a IV), por aplicação extensiva da regra prevista no art. 23, §1º, do Estatuto[8] em conjunto com a regra do art. 14 da Lei nº 13.257/16[9].

---

[1] ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo; GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. “Direitos da Criança e do Adolescente”, Coleção Defensoria Pública ponto-a-ponto. São Paulo: Saraiva, 2016

[2] SODELLI, Marcelo. “Uso de Drogas e Prevenção: da desconstrução da postura proibicionista às ações redutoras de vulnerabilidade”, 2ª ed, Rio de Janeiro: Via Verita, 2016

[3] Disponível em [http://www.repims.com.br/wp-content/uploads/2016/06/MS-MDS-Nota-T%C3%A9cnica-Conjunta\\_MDS-e-MS-FINAL-1.docx](http://www.repims.com.br/wp-content/uploads/2016/06/MS-MDS-Nota-T%C3%A9cnica-Conjunta_MDS-e-MS-FINAL-1.docx)

[4] <http://www.cress-mg.org.br/arquivos/Manifesto%20MP%20texto%20final%20com%20assinaturas.pdf>

[5] ABRUZZI, J. C.; “A experiência da gestação na perspectiva de gestantes usuárias de crack internadas em uma unidade psiquiátrica de um hospital geral”. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Escola de Enfermagem. Curso de Enfermagem. Porto Alegre, 2011.

[6] DIGIÁCOMO, Eduardo. Das implicações da alteração do art. 19, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) pela Lei nº 13.257/2016 (que institui o Marco Legal da Primeira Infância). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48422/das-implicacoes-da-alteracao-do-art-19-da-lei-n-8-069-90-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-pela-lei-n-13-257-2016-que-institui-o-marco-legal-da-primeira-infancia>. Acesso em 20.03.17

[7] A exemplo da assistência e acompanhamento do usuário por meio dos Centros de Atenção Psicossociais Álcool e outras Drogas (CAPS AD), das equipes que atuam na Estratégia de Saúde da Família (ESF) e nos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF), dos Consultórios de Rua e das Casas de Acolhimento Transitório. Veja-se que existem também no âmbito do Sistema Único de Saúde redes de atenção informadas pelo recorte de gênero que podem ser utilizadas para qualificar o atendimento às gestantes usuárias de psicoativos, a exemplo da Rede Cegonha (Portaria nº 1.459/11 do Ministério da Saúde) e os serviços de referência à atenção à saúde na gestação de alto risco, como a Casa da Gestante, Bebê e Puérpera (Portaria nº 1.020/13 do Ministério da Saúde)

[8] “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”.

[9] Art. 14. As políticas e programas governamentais de apoio às famílias, incluindo as visitas domiciliares e os programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis, buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança. § 1º Os programas que se destinam ao fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância promoverão atividades centradas na criança, focadas na família e baseadas na comunidade. § 2º As famílias identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que se encontrem em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, terão prioridade nas políticas sociais públicas. § 3º As gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis, aleitamento materno, alimentação complementar saudável, crescimento e desenvolvimento infantil integral, prevenção de acidentes e educação sem uso de castigos físicos, nos termos da Lei no 13.010, de 26 de junho de 2014, com o intuito de favorecer a formação e a consolidação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância. § 4º A oferta de programas e de ações de visita domiciliar e de outras modalidades que estimulem o desenvolvimento integral na primeira infância será considerada estratégia de atuação sempre que respaldada pelas políticas públicas sociais e avaliada pela equipe profissional responsável. § 5º Os programas de visita domiciliar voltados ao cuidado e educação na primeira infância deverão contar com profissionais qualificados, apoiados por medidas que assegurem sua permanência e formação continuada.