

DIREITO DE VISITA DO PRESO: A RESTRIÇÃO DE VISITA DO PRESO PARA FILHOS MENORES DE 18 (DEZOITO) ANOS, UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

RIGHT TO VISIT THE PRISONER: RESTRICTION OF PRISON VISIT TO CHILDREN UNDER 18 (SEVENTEEN) YEARS, A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE FEDERAL DISTRICT AND OF THE TERRITORIES

João Arthur Vieira Souza Silva

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; 1. OS DIREITOS DO PRESO; 1.1. EVOLUÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL; 1.2. DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO; 1.3. DIREITOS E GARANTIAS DO PRESO NO BRASIL; 2. O DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES; 2.1. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA; 2.2. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE; 2.3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL; 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 3.1. DIREITO À VIDA E À SAÚDE; 3.2. DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE; 3.3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. 4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM VISITAR PAI OU MÃO PRIVADO DE LIBERDADE. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente trabalho cuidará de explorar acerca dos julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que diz respeito ao não provimento do direito de visita do preso em receber filhos menores de 18 (dezoito) anos, sobre o argumento de não ser ambiente salubre e seguro para o desenvolvimento da criança e do adolescente, visando a proteção do princípio da proteção integral, princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes e doutrinadores divergem a respeito dos corriqueiros julgamentos analisando que a convivência familiar é de suma importância para ressocialização e inserção social do detento.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro; Direito de Visita do Preso; Princípio da proteção integral; Princípio da prioridade absoluta; Princípio do melhor interesse; Direito à Convivência Familiar.

ABSTRACT

This paper will examine the judgment given by the Court of Justice of the Federal District regarding the failure to grant prisoners the right to receive visits from their children under the age of eighteen (18), on the grounds that it is not a healthy or safe environment for the development of children and adolescents, and seeking to protect the principle of integral protection, the principle of absolute priority and the principle of best interest. However, Justice Gilmar Mendes and legal scholars don't agree with the judgments and consider that family interaction is of paramount importance for resocialization and social reintegration of the prisoners.

Key words: Brazilian Prison System; Right of Visit of the Prisoner; Principle of integral protection; Principle of absolute priority; Principle of the best interest; Right to Family Interaction.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo analisar em que medida a interferência dos julgamentos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal podem ser benéficas em detrimento do direito de visita do preso, haja vista que o assunto discute tanto o direito de visita do preso previsto na lei de execução penal nº 7.210/1984 quanto direito da criança e do adolescente em manter um convívio familiar com os seus genitores conforme expresso na lei nº 8.069/1990.

Assim, o problema teórico que norteará todo o trabalho é questionar os julgamentos majoritários do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em não providir a visita do menor de 18 (dezoito) anos ao seu pai ou mãe privados de liberdades no sistema prisional do Distrito Federal, pelo fato de não existir ensejos normativos que façam restrições ao tema.

Nessa senda, o primeiro capítulo ressalta a evolução do sistema prisional, desde a idade média com o seus modelos mais antigos e arcaicos de punição aos detentos até o sistema prisional brasileiro atual, com o surgimento da humanização da pena em um caráter de ressocialização e inserção social dos delinquentes bem como a instauração de direitos aos presos.

No segundo capítulo destaca os direitos resguardados as crianças e adolescentes nos quais a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente dispuseram em seus artigos proteção familiar, social e Estatal.

Ainda no segundo capítulo, realiza-se esclarecimentos de suma importância a respeito dos princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse, e da proteção integral, pois estes são princípios primordiais para o bom desenvolvimento psíquico e moral da criança e do adolescente.

No terceiro capítulo, traz uma continuidade a respeito da proteção jurídica da criança e adolescente que embora, por muito tempo serem vistas como objetos de hierarquia social e familiar, a ponto de não terem os seus direitos respaldados, hoje são protegidas com todo o arcabouço constitucional brasileiro obtendo direitos e deveres.

No quarto último capítulo será analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal nos dois vieses a respeito do tema.

Estritamente como relação à metodologia empregada no presente trabalho, será a dogmática, utilizando o arcabouço teórico existente na literatura que tratam do tema e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Portanto delineado o problema, as hipóteses empregadas no presente são justamente saber em que medida a interferência dos julgamentos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal podem ser benéficas em detrimento do direito de visita do preso, bem como o caráter da ressocialização e inserção social no que tange o convívio familiar.

1. OS DIREITOS DO PRESO

Analisar os direitos do preso mostra a importância de ressaltar as obrigações que o Estado tem perante o detento para um bom convívio do presidiário em detrimento da função social a respeito da circunstância da ressocialização. Embora o detento esteja com restrição à sua liberdade, os seus direitos devem ser resguardados tanto pela Constituição Federal, quanto pela lei especial e tratados internacionais.

1.1 Evolução do Sistema Prisional

A partir da Idade Média as penas de prisão começaram a surgir nos castelos, fortalezas, conventos e mosteiros de modo que tais lugares se tornaram prisões, por deliberação da igreja, em que os criminosos se recolhiam como uma pena de restrição à liberdade com a finalidade de refletir a respeito da sua falta e assim se reconciliar com Deus.¹

A palavra *penitenciária* surge do Direito Canônico em que a Igreja Católica acreditava que o fato de buscar o silêncio e refúgio dos grandes centros, de forma isolada, traria a remissão dos pecados, com viés de aproximar o fiel com Deus, a ponto de refletir a respeito dos seus atos para buscar o perdão. Dessa forma, foi instaurada a primeira prisão para recolhimento de criminosos em Londres, nomeada de Casa da Correção (*House of Correction*), de 1550 a 1552 e que marcou o século XVIII.

As prisões daquela época eram extremamente deficientes, a ponto de sensibilizar o xerife do condado de Belfast, John Howard, a adotar providências de reformá-las, bem como expor suas ideias no livro *As Condições das Prisões da Inglaterra e Gales (The State of Prisons in England and Wales)*, em que critica o sistema prisional da Inglaterra e propõe uma série de mudanças. Até então, a ideia central era a de que a prisão era um período temporário até a realização da pena, enquanto John Howard sustentava que a própria detenção poderia ser usada como punição. Há época, existiram outros importantes autores que se posicionaram sobre a reforma do sistema punitivo. Jeremy Bentham, em seu livro “Panóptico”, prezava por um presídio rígido e disciplinado, de forma que os presos deveriam ter alimentações grosseiras e vestimentas humilhantes como uma forma de mudar o caráter e hábitos dos delinquentes. Ainda trazia o relato do modelo de penitenciária ideal em que a prisão deveria ser de formato circular, de maneira que o vigilante conseguisse visualizar todos os detentos nas celas sem que estes o vissem².

Entretanto, Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, crítica o sistema “panóptico” e a busca incessante por disciplina, pois em sua análise o ser humano

¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O CRIME E A PENA NA ATUALIDADE**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. P. 134.

² CARVALHO Filho, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

não chegava em uma penitenciária sem antes ter passado por outras estruturas hierárquicas (escolas, orfanato, hospitais, fábricas e quartéis) em que se assemelhavam com os presídios da época por serem extremamente rígidos e disciplinados³. Desse modo, Foucault sustentava que deveria haver antes uma maior vigilância nos indivíduos perante a sociedade do que a punibilidade, pois a certeza do homem de ser punido desviava-o do cometimento de delito.

No início do século XIX surgem as execuções das penas privativas de liberdade, que foram divididas em três sistemas: o sistema de Filadélfia (Pensilvânia, belga ou celular), o de Auburn e o sistema Progressivo (inglês ou irlandês).

O sistema de Filadélfia (Pensilvânia, belga ou celular) prezava por uma rígida disciplina, um isolamento celular absoluto e o detento não tinha o direito de trabalhar e não poderia receber visitas, apenas se dedicar de forma exclusiva na leitura da Bíblia de modo incessante⁴. Ademais, o detento recebia um tratamento individualizado que permitia visualizar, anotar e relatar o progresso individual, bem como identificar e corrigir os maus hábitos. As primeiras prisões que receberam o sistema Filadelfiano foram a de *Walnut Street Jail* e a *Eastern Penitentiary*, que embora tivessem adequados ao novo sistema receberam duras críticas pelo fato das prisões terem um caráter de isolamento do detento com severas disciplinas que não resultavam na ressocialização e readaptação do detento em prol da sociedade.

O sistema auburniano foi um modelo norte-americano, com caráter de isolamento noturno, instaurado na cidade de Auburno – Nova York, que também prezava pela rigidez e disciplina do sistema prisional, porém o trabalho era liberado. O detento era inserido no mercado de trabalho gradualmente. Primeiro trabalhava dentro da prisão e depois trabalhava fora durante o dia e a noite era recolhido.

Entretanto, o sistema auburniano também era reconhecido pelo silêncio absoluto do detento (*silent system*), em que os mesmos eram terminantemente proibidos de conversarem entre si, resguardado apenas o direito de conversar com os carcereiros em momentos autorizados e em voz baixa. Conforme afirma Manoel Pedro Pimentel a respeito da originalidade dos tratamentos desumanos de silêncio absoluto,

³ FOUCAULT, Michel. **VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO**, Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: 20 Ed Vozes, 1999. p. 232

⁴ MIRABETE, Fabbrini Julio. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. São Paulo: 32 Ed atlas, 2016. p.236

“é costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida”.⁵

O sistema progressivo (inglês ou irlandês) reconhecido como *mark system*, foi instaurado por Alexandre Maconochie, governador da Ilha Norfolk (1840), na Colônia Britânica da Austrália e prezava pelo bom comportamento do preso, aproveitando sua força em trabalhos internos, bem como, de forma progressiva, liberava-o para trabalhos até o ponto de torná-lo apto a ter a liberdade total.⁶

Alexandre Maconochie dividiu o sistema progressivo em três fases:

a) A primeira fase ficou reconhecida como “O período de prova” em que o detento ficava completamente isolado em tempo integral (diurno e noturno), com objetivo de refletir a respeito do delito. Ademais, nessa fase o detento era submetido a trabalhos obrigatórios e árduos, bem como privado de uma alimentação adequada com a finalidade de provar através da privação.

b) Na segunda fase, o detento era submetido a trabalho em comum no período diurno e isolamento no período noturno, devendo respeitar o silêncio absoluto tanto no ambiente de trabalho quanto no presídio.

c) Na última fase, o detento estava pronto para receber o seu *ticket of leave*, que era o livramento condicional, em que no primeiro momento o detento recebia a liberdade com algumas limitações, em um período determinado, após este período o detendo recebia o seu livramento definitivo.

Entretanto, o sistema progressivo de Alexandre Maconochie teve uma adaptação na Irlanda por Walter Crofton que criou a prisão intermediária, adicionando mais uma fase para o sistema progressivo. Então as duas primeiras fases permaneciam as mesmas do sistema inglês, porém a terceira fase vem com a possibilidade de semiliberdade do detento em que o detento trabalhava no exterior do

⁵ PIMENTEL. Ob.cit.p.138.

⁶ MIRABETE. Ob.cit.p.236

presídio, em tempo diurno, e era isolado no período noturno até receber o seu livramento condicional.⁷

A adaptação do sistema por Walter Crofton foi de grande importância para a evolução do sistema prisional de modo a tornar-se padrão em diversos países, bem como no Brasil, em que utiliza o mesmo sistema progressivo com algumas alterações.

1.2. Direitos e Garantias do Preso

No século XVII, o filósofo Foucault dá início ao processo de reflexão crítica a respeito dos modelos punitivos empregados aos detentos. Desse modo, Foucault relata que o detento deveria ser submetido a penas mais humanas como forma de reabilitar o comportamento transgressor; e não submetê-lo a uma vingança do soberano:

[...] se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível super-poder. E necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo.⁸

A partir dessas reflexões o sistema penitenciário começa a implementar um novo modelo, mais humano e efetivo de tratamento dos presidiários, haja vista que a época as penitenciárias eram ambientes de custódias onde haviam pessoas acusadas de crimes, doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes ou questões políticas.

Nesse sentido, os direitos dos presos começam a surgir a partir de uma evolução social que ocorreu no século XVIII, em que se inicia uma proteção aos seus direitos e deveres, resultados dos diversos debates dos direitos humanos, filosóficos e sociológicos.

Entretanto, no século XX, os fundamentos revolucionários começam a ser usados por Cesare Lombroso na Escola Positiva de Direito Penal, como medidas de

⁷ CARVALHO. Ob.cit.p.27

⁸ FOUCAULT. Ob.cit.p.83

reabilitação do preso, regulamentação das normas jurídicas de tratamento do preso, execução da pena privativa de liberdade e regulamento penitenciário.⁹

1.3. Direitos e Garantias do Preso no Brasil

No Brasil, com o surgimento da Constituição Federal de 1988, foram resguardados os direitos fundamentais dos presos, ou seja, os direitos constitucionais, bem como direitos infraconstitucionais disciplinados nos códigos penais, processo penal e tratados internacionais, de modo que o detento passou a ser visto como um sujeito de direito e não objeto da execução, conforme leciona Alberto Silva Franco:¹⁰

A aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva implica assim o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional, como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda da sua liberdade, é ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres; e de que a jurisdição deve fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira garantiu-se, de forma taxativa, a todos brasileiros e estrangeiros igualdade perante a lei trazendo proteções constitucionais ao preso conforme artigo 5º inciso III e XLIX:¹¹

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

⁹ MIOTTO, Armida Bergamini. **TEMAS PENITENCIÁRIOS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.18

¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. **CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**. São Paulo, RT, 1987. p.101

¹¹ BRASIL **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

Nesse sentido, o legislador vinculou direitos fundamentais a todos os indivíduos bem como os direitos da dignidade da pessoa humana, conforme ressalta o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: ¹²

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ademais, o estado democrático de direito deve preservar o direito da dignidade da pessoa humana aos presos, livrando-o da vulnerabilidade que o delinquente se submete enquanto está no sistema prisional. Desse modo, Paulo Hamilton Siqueira Jr e Miguel Augusto Machado Oliveira lecionam que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que agrega em si todos os direitos humanos e constitui o seu principal fundamento”¹³

No ponto de vista de Guilherme de Souza Nucci entende-se que dignidade da pessoa humana: ¹⁴

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência

Ingo Wolfgang Sarlet assevera: ¹⁵

¹² BRASIL **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

¹³SIQUEIRA JR, Paulo Hamiton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.65.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **MANUAL DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL**. 11ª ed. Revista Atualizada, 2014. p.33.

¹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. 5º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.24.

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

Dessa forma, o doutrinador Ingo ressalta a igualdade e merecimento de cada indivíduo perante o Estado e sociedade, assegurando direitos constitucionais. É evidente que foi-se o tempo em que o sistema prisional deveria ser considerado como um suplício. Devemos ressaltar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, as condições necessária da dignidade da pessoa humana devem ser afastadas da sua sanção penal, pois o preso, com todas as adversidades que o sistema prisional impõe, continua sendo sujeito de direitos que devem ser protegidos pelo Estado como uma garantia fundamental resguardada pela nossa Constituição.

Outrossim, com o surgimento da Lei de Execução Penal de 1984, em que está distinto do direito penal e processo penal, foram resguardados direitos ao preso em que auxiliam na boa organização carcerária e ajudam na ressocialização do delinquente bem como imputa deveres ao Estado para o bom cumprimento da lei.

Ademais, os direitos do presidiário como os direitos à saúde, assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa estão taxativamente ressaltados no artigo 41 da lei de execução penal 7.210/84¹⁶, em que as autoridades devem respeitar

¹⁶ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

de modo a não transgredir os direitos e garantias constitucionais obtidos a todos os indivíduos da federação.

Alberto Silva Franco ressalta que:¹⁷

O preso continua a ser sujeito de direitos (direito à vida, à integridade física, ao trabalho remunerado, à educação, à saúde, etc, em resumo, à dignidade humana) e, por isso, conserva todos cujo gozo e exercício não dependem imediatamente da própria liberdade.

É de bom alvitre esclarecer que as transgressões de garantias constitucionais perante o detento, por imputação de uma sanção penal temporária, não podem ser motivo para práticas de violação constitucional em nenhuma circunstância, devendo ser repreendido pelos órgãos competentes e sociedade de forma veemente.

1.4. Teorias acerca da finalidade da pena

As teorias absolutas (ou retributivas) sustentam que a pena é uma retribuição (*punitur quia peccatum est*) em que o autor do delito deve ser punido pelo mal cometido como uma forma de justiça. Entretanto, o estado aplica uma sanção, que deve ser plenamente capaz de realizar a justiça, conforme a sua concepção mais arcaica.

Cezar Roberto Bitencourt explica:¹⁸

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado[...]

Resta claro que a teoria absoluta busca apenas a finalidade nela mesma, corresponde apenas em combater o mal do crime com o mal da sanção estatal, a fim de obter uma proporcionalidade entre os dois mundos, em que não atende a finalidade de reabilitação futura para os delinquentes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. **CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**, São Paulo, RT, 1987.p.133.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **TRATADO DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL**. 20. ed. Rev., ampl. E atual – São Paulo: Saraiva 2014. P. 133

Desse modo surgem as teorias relativas (ou finalistas) que buscam a pena como fins úteis diversos da mera vingança estatal.

Luigi Ferrajoli relata que:¹⁹

A concepção de pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa um traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração de outros cidadãos.

Ocorre que há duas finalidades da teoria relativa, que é a prevenção geral (punir o criminoso de forma exemplar a fim de reduzir novos delitos) e a prevenção especial (é o caráter humanista da pena visando a ressocialização do delinquente).

No Brasil, conforme o doutrinadora Déa Carlos Pereira Nery, é adotada a teoria mista ou unificada da pena, como vide o artigo 59 do Código Penal:²⁰

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível

A teoria mista (ou unificada) da pena engloba tanto a teoria absoluta quanto a relativa que tem como fundamento a retribuição (porque estabelece uma punição imposta ao autor da infração penal) e a prevenção (pois visa uma intimidação coletiva). Ademais, pune-se porque pecou e para que não venha ou não volte a pecar (punitur quia peccatum est et ne peccetur).²¹

De acordo com a função da pena na teoria unificadora, Luiz Regis Prado explica:²²

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO**. 3 ed. Revista dos Tribunais, 2010. p.240.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 12 de junho de 2017.

²¹ CAPEZ, Fernando. **EXECUÇÃO PENAL**. 9 ed. Editora Paloma, 2003. p.17.

²² PRADO, Luiz Regis. **CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.522

A pena – espécie de gênero sanção penal – encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu ator, além de necessária à manutenção da ordem social.

Nesse sentido, há duas espécies de teoria unificadora, a teoria dialética unificadora de Claus Roxin e o garantismo de Luigi Ferrajoli.

De acordo com a teoria dialética unificadora de Claus Roxin, a teoria unificadora se divide em três momentos: o momento da implementação da pena por parte do legislador a fim de proteger o bem jurídico; o momento da fixação da pena por parte do magistrado como forma de atender a funcionalidade da pena em relação ao criminoso e o momento da execução da pena com caráter de reinserção e reeducação do criminoso.²³

Já o garantismo de Luigi Ferrajoli destaca que deve-se existir um equilíbrio de maneira que a própria sociedade não faça justiça com as suas próprias mãos, bem como o Estado não extravase em suas atitudes coercitivas a fim de praticar injustiça aos criminosos. Desse modo, protege a sociedade e cumpre a função da pena para o criminoso em um viés de resguardar possíveis abusos por parte do Estado.²⁴

De acordo com o artigo 1º da Lei de Execução Penal o preceitua: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”²⁵

Conforme o artigo supracitado resta claro que o legislador resguardou a ressocialização do criminoso como função primordial nas finalidades da pena, haja vista que a finalidade da reclusão do delinquente é trazer uma reflexão da transgressão cometida, mas também auxilia-lo reinserção social.

²³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. 10 ed. Revista e Atualizada, São Paulo, 2014. p.150.

²⁴ ANDREUCCI Ob.cit.p.150

²⁵ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 12 de junho de 2017.

Ademais, a ressocialização do criminoso deve ser instaurada a partir do ingresso do detento no sistema penitenciário devendo o Estado respeitar direitos e cumprir deveres.

2. O DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Os direitos da criança e do adolescente foram conquistados ao decorrer do tempo por diversas lutas entre as classes sociais. No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tais direitos foram resguardados e protegidos pelo legislador ordinário em seu artigo 227:²⁶

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido o legislador ordinário resguardou de forma taxativa as imunidades acerca de atos prejudiciais ao desenvolvimento da criança e do adolescente bem como os direitos a dignidade da pessoa humana a respeito da condição da pessoa em desenvolvimento e proteção integral de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com a promulgação do ordenamento constitucional a respeito do assunto, as crianças e adolescentes começaram a ser vistas como sujeitos de direito em um caráter internacional em que a Lei nº 8.069/1990 se expandiu a respeito dos direitos da criança e do adolescente trazendo ao ordenamento brasileiro regras e princípios.

As regras e princípios são vertentes da norma, “sentidos construídos a partir da interpretação de textos normativos”²⁷. Entretanto, Canotilho traz sua distinção:²⁸

²⁶ . BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS. DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDIOS**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.22.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**. Coimbra: Almedina, 1998, p.1034.

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “fáticos” e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem “exigência de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedece, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

No campo do direito da criança e do adolescente temos três princípios gerais e orientadores de todo estatuto da criança e do adolescente: 1) princípio da prioridade absoluta; 2) princípio do melhor interesse; 3) princípio da proteção integral.

2.1 Princípio da Prioridade Absoluta

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 277, caput, parágrafo e incisos afirmaram direitos absolutos de prioridade, bem como os artigos 3^o²⁹, 4^o³⁰ e 5^o³¹ do estatuto da criança e do adolescente. As prioridades absolutas do infantojuvenil se dá em razão de toda vulnerabilidade que essa parte da sociedade se encontra, haja vista que estão no curso de suas formações psíquicas, moral e éticas, devendo existir prioridades por parte do Estado.

²⁹ Art. 3^o A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

³⁰ Art. 4^o É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

³¹ Art. 5^o Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Wilson Donizeti Liberati assevera:³²

Devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens

Nesse sentido, Danielle Rinaldi Barbosa³³ reafirma a importância da proteção absoluta, visto o período de formação do adolescente:

[...] em razão de a criança e o adolescente se encontrarem em uma etapa da vida precípua de desenvolvimento e formação, estes indivíduos necessitam de uma atenção especial, imediata, que lhe proporcione absoluta prioridade em termos de proteção e socorro, atendimento em serviço públicos, implementação e execução de políticas públicas e em privilegiada destinação de recursos financeiros.

Resta claro e evidente que a proteção do infantojuvenil, em caráter de prioridade absoluta, deve ser resguardada pelos familiares e pelo Estado independente de quaisquer circunstâncias, e é dever social para com essa parcela da sociedade, pois o desenvolvimento digno dos jovens garante uma sociedade mais igualitária, uma vez que a boa formação das crianças e adolescentes possibilitarão a formação de ilibados adultos no futuro, resultando assim em benefício para toda a sociedade.

2.2 Princípio do Melhor interesse

O princípio em comento, tem origem no direito anglo-saxônico que era configurado como um instituto protetivo do *parens patrie* em que por uma prerrogativa do Estado protegiam aqueles que juridicamente eram limitados (loucos e menores).³⁴

³². LIBERATI, Wilson Donizeti. **COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.16.

³³ BARBOSA, Danielle Reinaldi. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: PROTEÇÃO, PUNIÇÃO E GARANTISMO**. Editora Juruá, Curitiba, 2013, p.31.

³⁴ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 2. Ed. Atlas. São Paulo, 2012, p 13.

Ocorre que no Brasil o princípio do melhor interesse foi recepcionado pela convenção dos direitos da criança e adolescente em 1989 em seu artigo 3^o³⁵, *in verbis*:

Artigo 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

3.2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3.3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

No mesmo sentido dispõe o artigo 18.1³⁶ da referida convenção:

Artigo 18.1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

De forma que foi reafirmada no Estatuto da criança e do adolescente no artigo 100, parágrafo único, inciso IV:³⁷

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros

³⁵ BRASIL. Decreto – lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. **CONVENÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1989**. Diário Oficial da União 22 de nov. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

³⁶ BRASIL. Decreto – lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. **CONVENÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1989**. Diário Oficial da União 22 de nov. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm >. Acesso em: 14 de junho de 2017.

³⁷ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 14 de junho de 2017

interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Analisando, os artigos supracitados está nítido e reiterado que o legislador resguardou todas as situações extraordinárias que possam vir acontecer com os infantojuvenis, nesse período de sua vida, priorizados o seu melhor interesse e não o interesse de terceiros.

Nesse sentido Katia Regina Ferreira ressalta:³⁸

[...] atenderá o princípio do melhor interesse todo e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

Desse modo, é de bom alvitre destacar que todos operadores do direito que julgam o melhor interesse da criança e do adolescente devem priorizar os anseios constitucionais que foram resguardados a essa classe, de maneira que a finalidade é desencorajar todos aqueles que afrontam as exigências naturais do infantojuvenil.

2.3. Princípio da Proteção Integral

Com a efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento brasileiro, o princípio da proteção integral veio elencado no seu artigo 1^o³⁹ e 3^o⁴⁰ em que não resta dúvida que o legislador igualou os direitos fundamentais entre os adultos e os infantojuvenis, porém dispensou um carinho especial para essa parcela da sociedade, visto a etapa de desenvolvimento que estes se encontram.

Dessa maneira, esclarece Wilson Donizeti Liberati:⁴¹

A doutrina da proteção integral preconiza que o direito da criança não deve e não pode ser exclusivo de uma “categoria” de menor, classificado como “carente”, “abandonado” ou “infrator”, mas deve dirigir-se a todas as crianças e a todos os adolescentes, sem distinção.

³⁸ ANDRADE, Katia Regina Ferreira Lobo. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS**. 7 ed. Revista e Atualizada – São Paulo, 2014, p 68.

³⁹ Art. 1^o Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente

⁴⁰ Art. 3^o A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁴¹. LIBERATI Ob.cit.p.40

As medidas de proteção devem abranger todos os direitos proclamados pelos tratados internacionais e pelas leis internas dos Estados.

Trata-se, portanto, de um princípio que evidencia os direitos especiais e específicos em caráter determinante a respeito dos direitos fundamentais da criança e do adolescente com intuito de garantir o bom desenvolvimento e proteção plena dos direitos materiais.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A respeito dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito o legislador constituinte resguardou em seu artigo 5º da Carta Magna de 1988 os direitos balizadores a todos cidadãos, entretanto dispensou atenção especial sobre a os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, ressaltando de forma taxativa no artigo 277, *caput*, da Constituição Federal de 1988. São eles: direito à vida, direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

O presente capítulo tem por objetivo a análise dos direitos à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade e à convivência familiar.

3.1 Direito à vida e à saúde

No que tange a esses dois direitos fundamentais é sabido que o direito à vida, assegurado na Constituição Federal, é o bem jurídico de maior relevância tutelado pelo ordenamento constitucional. O direito à Saúde remete a um direito social em que a atuação do Estado se torna indispensável aos cidadãos, de forma a garantir esse direito aos membros da sociedade.

Nesse sentido o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:⁴²

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁴² BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 17 de junho de 2017

Dessa maneira, o legislador destacou a importância dos direitos fundamentais em que se tratando do direitos à vida tem caráter de direito absoluto, inalienável e *erga omnes*. É sabido que o direito à vida não acolhe apenas os adultos, mas a proteção a todos, de forma que o direito à vida de crianças e adolescentes devem ser resguardados desde a gestação da mãe, do nascituro ao nascido vivo, do nascido vivo à criança e da criança ao adolescente, de forma que o Estado deve garantir condições dignas de desenvolvimento e nascimento.

Por sua vez, o direito à saúde vem complementar o direito à vida visando condições necessárias, por parte do Estado, para o bom condicionamento da vida. O direito à saúde é um direito primário, básico e com função social resguardado pela Constituição Federal em seu artigo 6^o⁴³, cujo a efetivação exige uma atuação do Estado em aparar políticas públicas que visem o bom desenvolvimento das crianças e adolescentes instauradas na sociedade.

3.2. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade

Dentre o arcabouço legislativo constitucional, a respeito dos direitos fundamentais, a proteção ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade deve ser garantida e acessível a todos os infantojuvenis, visto o grau de fragilidade que essa categoria se encontra.

O direito à liberdade ressalta o livre arbítrio dos indivíduos em escolher suas atitudes conforme seus pensamentos e convicções. O Estatuto da Criança e do Adolescente esmiuçou ao longo dos artigos 15 a 18 os direitos à liberdade para os jovens. Conforme vide o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente:⁴⁴

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Entretanto, a doutrina ressalta uma compatibilização dos direitos à liberdade para as crianças e adolescente pela existência da proteção integral - dever do Estado em exercer proteção aos jovens que estão nesse período de desenvolvimento.

⁴³ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 17 de junho de 2017

Ademais, o artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente resguardou os seguintes direitos: direitos de ir e vir e estar nos logradouros; opinião expressa; direito de crença e culto; brincar, praticar esporte e se divertir; participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, e buscar refúgio, auxílio e orientação.

O direito a respeito está evidenciado no artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:⁴⁵

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Nesse sentido, o legislador resguardou de forma taxativa que os jovens são detentores de direitos e que devem ser respeitados perante a lei. De modo que o doutrinador Luiz Antonio Miguel Ferreira, evidencia e abomina a coisificação das crianças e adolescentes:⁴⁶

[...] uma das manifestações mais evidentes da ofensa ao direito ao respeito consiste na prática da violência doméstica, que se manifesta sob modalidades de agressão física, sexual, psicológica ou em razão da negligência, que, como já afirmamos, está presente em todas as classes sociais, sem distinção, e ocorre de forma intensa como resultado do abuso do poder disciplinados dos adulto

É sabido que, embora a sociedade tenha evoluído, os tratamentos desumanos aos jovens ainda ocorrem como uma forma subverter os direitos da criança e do adolescente a imposições hierárquicas. Entretanto, o Estado tem o dever de efetivar o direito ao respeito, bem como à proteção integral a fim de enraizar costumes indisponíveis a sociedade como assevera a lei.

O direito à dignidade da pessoa humana abrange todos os indivíduos da sociedade, não havendo distinção entre crianças e adultos, porém o legislador no artigo 18⁴⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente impôs deveres a todos: família, sociedade e Estado, não existindo uma hierarquia de responsabilidade de maneira a

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 17 de junho de 2017

⁴⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. São Paulo: Edições APMP, 2008, p.38.

⁴⁷ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

igualar todos os institutos responsáveis para o bom desenvolvimento das crianças e adolescentes.

3.3 Direito à convivência familiar

A convivência familiar para o infantojuvenil é sem dúvida de suma importância para o seu desenvolvimento ético, moral, educacional, religioso e social. A ponto do direito à convivência familiar ser conceituada como um direito fundamental, pois toda criança tem direito de viver com a sua família natural, extensiva, substituta, dentre outros.

Nesse sentido, Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépure, explica:⁴⁸

A convivência familiar é um direito fundamental de crianças e adolescentes, aliás, de natureza especialíssima, na medida em que não previsto para os adultos, com exceção aos idosos – que têm direito à participação na vida familiar e comunitária [...] A convivência familiar é um direito de personalidade de crianças e adolescentes, portanto, indisponível.

Desse modo, dispõem o legislador no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:⁴⁹

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

É de bom alvitre ressaltar que, advindo da evolução a respeito do conceito de família, não se pode configurar apenas quando há a celebração matrimonial, nem pela diferença de sexo do parceiro ou envolvimento de caráter sexual mas a todo indivíduo que possui vínculo afetivo a unir pessoas propostas e comprometidas para evolução e desenvolvimento da criança e do adolescente.⁵⁰

Embora o Estado disponibilize ferramentas necessárias para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, o seio familiar se torna indispensável para a formação da criança conforme elucida o sociólogo Ely Chinoy:⁵¹

⁴⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo. **COMENTÁRIO A LEI NACIONAL DE ADOÇÃO**. São Paulo: RT, 2009, p.14.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 17 de junho de 2017

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIA**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007, p.40.

⁵¹ CHINOY, Ely. **SOCIEDADE: UMA INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA**. São Paulo: Cultrix, 2004, p.205.

A família transmite à criança não só diretamente pelo ensino e pela doutrinação, mas também indiretamente por métodos de atendimento e de adestramento da criança, o conteúdo da cultura (socialização). A situação do indivíduo na sociedade deriva inicialmente de sua qualidade de membro de uma família (função de colocação social) cujas atividades, valores, habilidades e conhecimento, que influirão mais tarde em seu status, ele adquire também.

Destarte que no seio familiar enseja todo o processo de socialização do ser humano a ponto de amadurecer todas as etapas físicas e psicológicas, por todo o afeto, carinho, cuidado e proteção que os integrantes familiares oferecem, no intuito de uma boa formação até a sua fase adulta obtendo uma boa saúde, bom equilíbrio emocional e a devida dignidade como pessoa humana detentora de direitos.⁵²

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM VISITAR PAI OU MÃE PRIVADO DE LIBERDADE

Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, relativo a dezembro de 2014, a população carcerária brasileira chegou ao expressivo número de 622.202 mil detentos, nos quais 248.880 mil detentos estão cumprindo o regime provisório, ou seja, não tiveram seus processos sentenciados pelo juiz da primeira instância.⁵³

Conforme apresentado no levantamento Nacional de Informações Penitenciárias o Brasil apresenta a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Não obstante, a taxa de encarceramento do sistema prisional brasileiro é de 306,2 detentos por 100 mil habitantes, sexto lugar do ranking mundial, atrás de Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.⁵⁴

Nesse sentido, hoje o sistema penitenciário do Distrito Federal tem capacidade de 7.383 detentos. Entretanto, na atual conjuntura abriga 14.291 detentos, incluindo presos definitivos e provisórios, configurando quase o dobro da sua capacidade. Resta

⁵² BARBOSA Ob.cit.p.37.

⁵³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA CHEGA A MAIS DE 622 MIL DETENTOS**. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulgacao-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira> > Acesso em 17 de junho de 2017

⁵⁴ IDEM

salientar que são oito detentos para cada agente penitenciário. São 1.691 agentes penitenciários trabalhando na penitenciária do Distrito Federal.⁵⁵

De fato é público e notório que os sistemas penitenciários nacional e do Distrito Federal apresentam condições péssimas para os presidiários, fazendo-nos remeter às prisões da idade média, onde os detentos ficavam enclausurados em cubículos, submetidos a castigos corporais e com condições desumanas para a sua subsistência, com intuito de refletir a respeito do seu ato, bem como punir o transgressor de formas arcaicas, como no passado.

Entretanto, no atual sistema prisional brasileiro os presos não podem ser vistos como objetos praticantes de ilicitudes, e sim, indivíduos de direitos. No arcabouço da Lei de Execução Penal 7.210/84 foram resguardados aos presos os direitos à saúde, assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa, de forma que as autoridades e agentes devem respeitar, de modo a não imputar castigos físicos e morais que atinjam a sua dignidade humana.

Desse modo, visto todo o dever da máquina estatal em ressocializar e reeducar o detento, que amanhã, retornará ao convívio social, o artigo 41⁵⁶ da lei de execução penal implementou diversos direitos do preso, entre os quais o direito a visita, que se tornou indispensável para o bom desenvolvimento do presidiário, a fim de permitir-lhe uma releitura e preparação para sua convivência familiar e social quando dali sair.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

No mesmo sentido, as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas, em 31 de agosto de 1955, no Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes dispõem:⁵⁷

⁵⁵. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2017

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 17 de junho de 2017

⁵⁷ BRASIL. Resolução de 31 de agosto de 1955. **REGRAS MÍNIMAS DA ONU PARA O TRATAMENTO DE RECLUSOS**. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html> >

Art. 37. Os reclusos devem ser autorizados, sob a necessária supervisão, a comunicarem-se periodicamente com as suas famílias e com amigos de boa reputação, quer por correspondência quer através de visitas.

Da mesma forma, a Resolução n° 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994:⁵⁸

Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas.

Art. 37. Deve-se estimular a manutenção e o melhoramento das relações entre o preso e sua família.

Conforme a portaria 8 de outubro de 2016 da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal ressalta que:

Art. 2º. É permitida a visita de pessoa menor de 18 (dezoito) anos nos estabelecimentos prisionais do DF exclusivamente para visitar o pai ou a mãe, desde que esteja acompanhada por seu representante legal.

§1º. Os enteados dos internos poderão visitar o seu respectivo padrasto ou madrasta, nos termos do *caput* do presente artigo, desde que o vínculo seja devidamente comprovado.

Ocorre que hoje, na atual conjuntura do sistema prisional do Distrito Federal, garantir o direito de visita do menor ao pai, mãe ou parente próximo privado de liberdade acarreta grandes problemas ao desenvolvimento psíquico e moral das crianças e adolescentes, visto que o ambiente carcerário do Distrito Federal não apresenta condições de salubridade e segurança.

Nesse sentido, a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assevera nos seguintes casos:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AUTORIZAÇÃO DE VISITA. ENTEADO. CRIANÇA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. DECISÃO MANTIDA.

1. O artigo 41, inciso X, da LEP, arrola como um dos direitos do preso a "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados" com vistas a mitigar o natural distanciamento do núcleo familiar imposto pelo cumprimento da pena, medida também benéfica para sua ressocialização.

2. Entretanto, esse mesmo dispositivo também prevê a possibilidade de restrição de direitos do sentenciado, nessa e em outras hipóteses, desde que devidamente fundamentada (art. 41, incs. X e XV, LEP).

⁵⁸ BRASIL. Resolução n° 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994. Diário Oficial da União 2 de dezembro de 1994. Disponível em < <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> >

3. É direito do menor a visitação periódica ao pai ou mãe em cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 19, §4º, do ECA).

4. Afora as hipóteses excepcionais que autorizam o ingresso de menores no estabelecimento prisional e não comprovado o vínculo socioafetivo entre o apenado e o enteado, deve prevalecer o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que possui assento constitucional (art. 227, CF), sobre o direito do preso de receber visitas, previsto no artigo 41 da LEP.

5. Recurso de agravo conhecido e não provido.

(Acórdão n.988432, 20160020455025RAG, Relator: JESUINO RISSATO 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 15/12/2016, Publicado no DJE: 23/01/2017. Pág.: 312/320)

RECURSO DE AGRAVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VISITA A PRESO FORMULADO POR IRMÃ MENOR DE IDADE (QUINZE ANOS). INDEFERIMENTO. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E ADOLESCENTE. DIREITO DE VISITAS. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A manutenção do convívio familiar é salutar e extremamente benéfica para a ressocialização do preso, constituindo, pois, direito a ser preservado e garantido ao encarcerado pelo Estado, nos termos do artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais. Entretanto, tratando-se de requerimento de visitas pleiteado por menores que não são filhos biológicos do condenado, impõe-se a ponderação do direito do preso de receber visitas com o direito de proteção integral da criança e adolescente, conforme positivado no artigo 227 da Constituição Federal.

2. O ingresso de menores em estabelecimentos prisionais é medida excepcional, somente se justificando quando houver prova de que o indeferimento das visitas é mais prejudicial ao menor do que os riscos e constrangimentos próprios do ingresso de qualquer pessoa no estabelecimento prisional para visitar algum recluso.

3. Considerando que, no caso concreto, a irmã do sentenciado tem apenas quinze anos de idade, e que o apenado pode receber visitas de amigos e outras pessoas da família, impõe-se a preservação da proteção integral à criança, até que esta alcance certa maturidade.

4. Recurso conhecido e não provido para manter a decisão que indeferiu o pedido de autorização de visita formulado pela menor.

(Acórdão n.977096, 20160020352227RAG, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 20/10/2016, Publicado no DJE: 04/11/2016. Pág.: 120/128)

Embora sejam dois processos diferentes a essência jurídica permanece a mesma, de modo que ao depararmos com os dois casos concretos podemos perceber que são solicitações, de parentes familiares, menores, para adentrarem ao sistema prisional do Distrito Federal no intuito de obter o afeto, mesmo que limitado, do parente encarcerado (padrasto e irmão, respectivamente).

Nesse sentido, a flexibilização do direito de visita do menor ao pai, mãe ou parente privado de liberdade não vem prosperando na 2ª e 3ª turma criminal do

Tribunal de Justiça do Distrito Federal negando provimento a respeito do tema, obtendo assim, uma jurisprudência majoritária.

De maneira que reconhecem a importância do convívio familiar para o detento como suma importância para o progresso da ressocialização e inserção social, porém alegam que o direito de visita ao preso não é absoluto ou irrestrito, podendo ser restringindo ou suspenso a depender do caso concreto.

Ademais, os princípios da proteção integral e do melhor interesse foram levados em consideração para o não provimento da demanda, uma vez que necessitam prevalecer sobre o direito do preso de receber visita. O princípio da proteção integral surge pelo fato de que, embora os direitos sejam expostos aos adultos a criança e adolescente gozaram por um tratamento especial como um amparo completo, a ponto de conceder ao infantojuvenil a titularidade de direito, de modo que a família, a sociedade, e Estado estão subordinadas a tutelar essa proteção.

59

Desse modo, o princípio do melhor interesse vem complementar o princípio da proteção integral, de maneira que no caso concreto a insalubridade do sistema carcerário é público e notório, devendo resguardar a fragilidade que a criança se encontra nesse período da vida com intuito de prevalecer sobre o direito de visita do preso.

Em contrapartida o HC nº 107701/RS trouxe um entendimento a favor da visita do menor ao pai, mãe ou parente privado de liberdade em que merece trazer à baila o voto proferido pelo insigne Ministro Gilmar Mendes:

“Habeas corpus” e direito de detento a visitas – 1 É cabível habeas corpus para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito. Esse o entendimento da 2ª Turma ao deferir habeas corpus para assegurar a detento em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados. Na espécie, o juízo das execuções criminais decidiu que o condenado não teria jus à visitação, visto que a prisão seria local impróprio aos infantes, o que poderia trazer-lhes prejuízos na formação psíquica. A defesa, então, impetrou habeas corpus no STJ, que o indeferiu liminarmente, ao fundamento de que a pretensão não se compatibilizava com a modalidade eleita, uma vez que não ofendido o direito de locomoção do ora paciente. De início, rememorou-se que a jurisprudência hodierna da Corte estabelece sérias ressalvas ao cabimento do writ, no sentido de que supõe

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Lima da. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p 18.

violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, à liberdade de ir e vir dos cidadãos. Afirmou-se que essa orientação, entretanto, não inviabilizaria, por completo, o processo de ampliação progressiva que essa garantia pudesse vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir força normativa mais robusta à Constituição. A respeito, ponderou-se que o Supremo tem alargado o campo de abrangência dessa ação constitucional, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento de denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri e decisão condenatória, dentre outras. Enfatizou-se que a Constituição teria o princípio da humanidade como norte e asseguraria aos presidiários o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º: “XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e Pacto de São José da Costa Rica: “Art. 5º Direito à Integridade Social 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”). Preconizou-se, por conseguinte, que não se poderia tratar a pena com objetivo de retaliação, mas de ressocialização. HC 107701/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011. (HC-107701)

“Habeas corpus” e direito de detento a visitas – 2 Aludiu-se que a visitação seria desdobramento do direito de ir e vir, na medida em que seu empecilho agravaria a situação do apenado. Isso porque só haveria direito de visitas porque a liberdade do paciente estava tolhida. Ponderou-se que, segundo a própria teleologia da segregação criminal, eventuais erros estatais ao promovê-la poderiam e deveriam ser sanados pela via do habeas corpus, sob pena de não se alcançar a harmônica reintegração à comunidade daqueles que sofrem a ação do magistério punitivo do Estado. Nesse contexto, salientaram-se como escopos para o tratamento dos condenados, enquanto perdurar a sanção: a) inspirar-lhes a vontade de viver conforme a lei; b) incutir-lhes o respeito por si mesmos; e c) desenvolver-lhes o senso de responsabilidade (Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, nº 65). Igualmente, destacou-se que seria direito do custodiado receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos (LEP: “Art. 41 - Constituem direitos do preso: ... X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” e Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: “Art. 33. O preso estará autorizado a comunicar-se periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas”). Logo, consignou-se que não caberia negativa desse direito nem mesmo aos enteados, porquanto, a despeito de não terem comprovado seu vínculo com o paciente, tampouco a estabilidade da relação com a genitora, inserir-se-iam naquela última categoria. Sublinhou-se que poderia haver denegação motivada de visita pelo diretor do estabelecimento, o que não ocorrera no caso (LEP, art. 41, parágrafo único: “Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento”). Ademais, explicitou-se que o notório desajuste do sistema carcerário nacional não poderia justificar o óbice

à visita de menores. Esclareceu-se, pois, que caberia ao Poder Público o dever de propiciar meios para que o apenado pudesse receber, inclusive, seus filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável e preparado, de modo a não colocar em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. Assim, concluiu-se que o habeas corpus seria o meio apto a tutelar todo o plexo de relações ligadas à execução penal, até porque outro instrumento não seria identicamente expedito. HC 107701/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011. (HC-107701)

Neste diapasão, a 1ª e 2ª turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em alguns julgados pontuais, reconhecem a importância da visita do menor ao seu pai e mãe privado de liberdade:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. VISITA A PRESO. MENORES ACOMPANHADOS. **Não há retoques a serem feitos na r. decisão que, com acerto, permitiu a visita das irmãs menores, acompanhadas da genitora, ao preso.** Assegura-se assim, o direito do interno de manter vínculo afetivo com os familiares e amigos. Agravo improvido. (Acórdão n.374463, 20090020078450RAG, Relator: MARIO MACHADO 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/08/2009, Publicado no DJE: 30/09/2009. Pág.: 93)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE VISITA DO SENTENCIADO POR IRMÃO MENOR. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A pessoa condenada, segundo o nosso ordenamento jurídico, perde somente o direito de liberdade e, sofre restrições no que se refere ao exercício das prerrogativas eleitorais. 2. **O direito de receber visitas foi assegurado expressamente aos presos na própria Carta Constitucional (art.41, X). Logo, o direito de visitas é a regra, que só deve ser restringido, na hipótese de visitas de menores, quando for prejudicial a formação deste, o que não é a hipótese, se considerado que se trata de um menor que já se aproxima dos 15 (quinze) anos de idade.** 3.Dado provimento ao recurso. (Acórdão n.864813, 20150020087256RAG, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 30/04/2015, Publicado no DJE: 06/05/2015. Pág.: 147)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. VISITA AO PRESO. IRMÃO ADOLESCENTE. **Considerado o desejo e a idade do irmão do preso, prestes a completar quinze anos, bem como o disposto no art. .41, inciso X, da lei de Execução Penal, autoriza-se a visita ao sentenciado, com acompanhamento de responsável legal.** Agravo provido. (Acórdão n.895335, 20150020213500RAG, Relator: MARIO MACHADO 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/09/2015, Publicado no DJE: 24/09/2015. Pág.: 77)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE VISITA DO SENTENCIADO POR IRMÃO MENOR. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. **A Lei de Execuções Penais assegura ao preso o direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e**

amigos em dias determinados, e somente deve ser restringido, na hipótese de visitas de menores, quando for prejudicial à formação deste, o que não é a hipótese, se considerando que se trata de menor que possui mais de 14 (quatorze) anos de idade.

Inteligência do artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais. 2. Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.933364, 20160020038203RAG, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 07/04/2016, Publicado no DJE: 13/04/2016. Pág.: 109/136)

Nesse sentido, a 1ª e 2ª turma criminal tendem a seguir o entendimento do voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de defender o direito de visita do preso em receber a criança menor de 18 (dezoito) anos pelo fato de que o acervo normativo retratado demonstra que o direito de visitas não encontra qualquer espécie de limitação na idade dos familiares, de maneira que atos administrativos argumentando a insalubridade e insegurança do sistema prisional não deve prosperar ao direito de visita do preso.

Ocorre que o contato com parentes e amigos é essencial para a manutenção da estabilidade emocional do detento e, via de consequência, para alcance dos fins da expiação no cárcere, não há razão para que se imponham dificuldades não previstas em lei.

Nesse sentido o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, dispõem: ⁶⁰

Fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (nº 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (nº 37). Por isso, concede-se ao preso o direito da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X). Deve a segurança do estabelecimento, porém, submeter as visitas e o material que transportam a busca pessoal rigorosa, a fim de evitar a entrada de armas, drogas ou objetos que possam comprometer a boa ordem, a disciplina e a segurança do presídio.

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **EXECUÇÃO PENAL**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p 120.

Entretanto, o assunto a respeito do direito de visita do preso tem dois vieses. De um lado a preocupação externada pelo magistrado é relativamente à segurança dos menores que encontra amparo na realidade dos presídios, de outro lado a solução encontrada, privação de visitas do menor aos parentes, não é a que melhor se coaduna com a garantia estabelecida.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, temos que ressaltar que hoje o sistema prisional do Distrito Federal enfrenta situação lastimável, em razão de sua superlotação, fazendo-nos remeter às antigas clausuras da Idade Média onde as condições para os detentos eram de extrema precariedade.

Atualmente essa situação de precariedade se torna inadmissível, uma vez que Estado dispendeu em seus ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais todo o arcabouço para efetividade da ressocialização e inserção social dos detentos.

Ocorre que, hoje por uma total incapacidade em garantir condições mínimas de dignidade aos detentos o Estado fere todo o arcabouço jurídico conquistado pelos delinquentes ao decorrer da evolução histórica do sistema prisional.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal analisando a situação do sistema prisional do Distrito Federal, entende em sua jurisprudência majoritária que o direito de visita do preso em receber filhos e parentes menores de 18 (dezoito) anos deve ser vedado, justificado pela insegurança e insalubridade que o presídio apresenta, fundamentando suas teses no princípio da proteção integral e princípio do melhor interesse para a criança e adolescente.

Ora, é nítido e notório que a fundamentação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem um viés administrativo e não jurídico, pois estampa a total incapacidade administrativa de gerir e resguardar o bom ordenamento do presídio por uma irresponsabilidade do estado, a ponto de subverter o entendimento do princípio da proteção integral e princípio do melhor interesse ao seu bel-prazer.

O direito ao convívio familiar sobrepõem a esses princípios, haja vista que, quando se trata de crianças e adolescentes o discernimento do certo, do errado e justo não estão bem estabelecidos em seu psiquê, visto que ainda estão em período de desenvolvimento. Ante o exposto, a família utiliza diversos mecanismos para

preservar o sentimento do filho perante o pai, mãe ou parente privado de liberdade, no intuito de amenizar e mascarar a real situação.

Porém, o impacto prático da privação desse direito de visita do menor ao seu pai, mãe ou parente privado de liberdade pode acarretar consequências imprevisíveis nesses menores, com surgimento de revolta, de injustiça imputados aos agentes públicos, pelo fato da família não conseguir justificar com algo inteligível ao discernimento do jovem, que vê isso como punição do seu pai, mãe ou parente, tendo como consequência um ciclo vicioso de revolta – crime – prisão – revolta...

Nesse sentido, não é prudente que o jovem cresça alienado desse tipo de situação, ainda que sob a justificativa de protegê-lo no chamado período provisório de vulnerabilidade. O ideal seria que fosse preparado para conhecer a real situação de seu familiar, para que assim, além de não ser privado do convívio de seu familiar, pelo exemplo, tome conhecimento que quando se comete um ato errado deve-se pagar por ele.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em seus julgamentos majoritários acerca do tema, não respeita o garantismo penal, uma vez que resta claro que os ordenamentos que tratam do direito de visita do preso foram omissos pelo legislador quanto a valoração de idade, seja na Constituição Federal, Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais.

Por fim, embora o sistema prisional do Distrito Federal esteja abarrotado de detentos, as alegações do Tribunal de Justiça não devem prosperar, pois as condições de segurança e salubridade são deveres do Estado para atender, não apenas o direito de visita mas todos os direitos do preso. Ao preso são garantidos todos os direitos não afetados pela restrição da liberdade, devendo o detentor do monopólio da execução da pena observá-los rigorosamente, não podendo o Judiciário se coadunar com a imposição de sofrimentos que excedem os estritamente inerentes ao direito de ir e vir. No caso em comento não apenas o apenado é injustiçado, mas também e de forma cruel, o familiar menor, não bastasse a tristeza de ter um familiar privado de liberdade ele próprio é privado em seu direito de visita-lo.

Vivemos dias de extrema tecnologia e soluções criativas devendo as instâncias responsáveis buscar soluções adequadas para juntas esses dois lados. Poderia-se criar um espaço adequado a baixo custo para o encontro desses familiares na penitenciária ou mesmo viabilizar uma espécie de visita virtual.

Enfim, o direito deve prevalecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Katia Regina Ferreira Lobo. **CURSO DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS**. 7 ed. Revista e Atualizada – São Paulo, 2014, p 68.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. 10 ed. Revista e Atualizada, São Paulo, 2014. p.150.

ÁVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRÍNCÍPIOS. DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDIOS**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.22.

BARBOSA, Danielle Reinaldi. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: PROTEÇÃO, PUNIÇÃO E GARANTISMO**. Editora Juruá, Curitiba, 2013, p.31.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: parte geral**. 20. ed. Rev., ampl. E atual – São Paulo: Saraiva 2014. P. 133.

BRASIL **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

BRASIL **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto – lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. **CONVENÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1989**. Diário Oficial da União 22 de nov. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto – lei 99.710 de 21 de novembro de 1990. **CONVENÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DE 1989**. Diário Oficial da União 22 de nov. 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm >. Acesso em: 14 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31 de dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 12 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 12 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 17 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 14 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. Resolução de 31 de agosto de 1955. **REGRAS MÍNIMAS DA ONU PARA O TRATAMENTO DE RECLUSOS.** Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html> >

BRASIL. Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994. Diário Oficial da União 2 de dezembro de 1994. Disponível em < <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf> >

CANOTILHO, J.J. Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO.** Coimbra: Almedina, 1998, p.1034.

CAPEZ, Fernando. **EXECUÇÃO PENAL.** 9 ed. Editora Paloma, 2003. p.17.

CARVALHO Filho, Luiz Francisco. **A prisão.** São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

CHINOY, Ely. **SOCIEDADE: UMA INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA.** São Paulo: Cultrix, 2004, p.205.

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIA.** 4 ed. São Paulo: RT, 2007, p.40.

FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO.** 3 ed. Revista dos Tribunais, 2010. p.240.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** São Paulo: Edições APMP, 2008, p.38.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** 2. Ed. Atlas. São Paulo, 2012, p 13.

FOUCAULT, Michel. **VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO,** Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: 20 Ed Vozes, 1999. p. 232.

FRANCO, Alberto Silva. **CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL.** São Paulo, RT, 1987. p.101.

FRANCO, Alberto Silva. **CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL**, São Paulo, RT, 1987.p.133.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.16.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA CHEGA A MAIS DE 622 MIL DETENTOS**. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira> > Acesso em 17 de junho de 2017

MIOTTO, Armida Bergamini. **TEMAS PENITENCIÁRIOS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.18.

MIRABETE, Fabbrini Julio. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. São Paulo: 32 Ed atlas, 2016. p.236.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **EXECUÇÃO PENAL**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p 120.

NUCCI, Guilherme de Souza Lima da. **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. São Paulo: Atlas S.A, 2015, p 18.

NUCCI, Guilherme de Souza. **MANUAL DE PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL**. 11ª ed. Revista Atualizada, 2014. p.33.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O CRIME E A PENA NA ATUALIDADE**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. P. 134.

PRADO, Luiz Regis. **CURSO DE DIREITO PENAL BRASILEIRO**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.522.

RIBEIRO, Neide Aparecida. **SUPERLOTAÇÃO É GRAVE DO SISTEMA PRISIONAL DO DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: < http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/05/27/interna_cidades_df,484623/superlotacao-e-grave-no-sistema-prisonal-do-distrito-federal.shtml > Acesso em 17 de junho de 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **COMENTÁRIO A LEI NACIONAL DE ADOÇÃO**. São Paulo: RT. 2009, p.14.

SARLET, Ingo Wolfgang. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998**. 5^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.24.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamiton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.65.