UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO

GIOVANA BAPTISTELLA FERNANDES

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO ESPECÍFICO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AOS SEUS GENITORES PRIVADOS DE LIBERDADE

RIO GRANDE
2015

GIOVANA BAPTISTELLA FERNANDES

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CASO ESPECÍFICO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AOS SEUS GENITORES PRIVADOS DE LIBERDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. **Ênio Duarte Fernandez Júnior.**

RIO GRANDE

2015

"Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças."

(Ingo W. Sarlet)

Dedico este trabalho à memória de meu querido e saudoso avô, Victório, que também foi um pai para mim; a ele a gratidão que eu não soube expressar em tempo e a esperança de hoje estar agindo de acordo com os seus ensinamentos de caráter e honestidade.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer à minha mãe, Lígia, que me completa, me guia, me ensina, me motiva e a quem tudo devo.

À minha irmã, Gisele, amiga e conselheira, que tanto me incentiva e que contribuiu de várias formas durante esses anos longe de casa.

Ao meu namorado, Roger, por ter me acompanhado ao longo desta jornada, por ter suportado meus momentos de estresse, pelo carinho, amor e compreensão.

Ao meu cunhado, Guilherme, que tem sido também um amigo e irmão, agradeço-o pela ajuda dada na execução deste trabalho e pelos momentos de descontração, sempre muito necessários.

Aos meus queridos colegas e amigos de curso, que fizeram com que a distância da família fosse menos dolorosa, compartilhando momentos de companheirismo, aprendizado, de alegrias, angústias, anseios, erros, acertos e vitórias.

A todos os professores que forneceram o seu valioso conhecimento, contribuindo, direta ou indiretamente, para a concretização deste trabalho e para o meu crescimento acadêmico, despertando a minha admiração e se tornando inspiração a trilhar.

E, finalmente, ao meu orientador, professor Dr. Ênio, pela parceria, paciência, confiança, disponibilidade e direcionamentos fundamentais para a conclusão de minha pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo promover a análise de um controvertido tema envolvendo as áreas de Direito da Infância e da Juventude e de Direito Constitucional, qual seja, o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes aos seus genitores privados de liberdade. Para tanto, o direito à convivência familiar, garantido pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é reconhecido como fundamental, uma vez que as relações estabelecidas no seio familiar são essenciais para o amadurecimento sadio do infante, reconhecendo-se, outrossim, que a manutenção de vínculos familiares e afetivos constitui fator importantíssimo de ressocialização ao apenado. Todavia, não se pode ignorar as repercussões ocasionadas pelo contexto prisional no que diz respeito ao desenvolvimento infanto-juvenil, cogitando-se de um possível comprometimento à integridade física, psíquica e moral desses menores que vivenciam a experiência de ter o genitor submetido à custódia estatal, face aos efeitos deletérios a que ficam expostos nesses ambientes. Dessa forma, analisa-se a problemática da convergência entre o poder-dever do Estado de efetivação da garantia à convivência familiar entre o filho menor e o seu genitor preso e de proteção à integridade daquele, frente aos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, apontando para a necessidade de uma efetiva ação do Poder Público e da sociedade civil como um todo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Convivência Familiar. Eficácia. Filhos Menores. Pais Presos.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to promote the analysis of a controversial issue involving the areas of law for Children and Youth and Constitutional Law, namely, the right to family life of children and adolescents to their private parent of freedom. Therefore, the right to family life, guaranteed by the Federal Constitution and the Statute of the Child and Adolescent, is recognized as fundamental, since the relations established in the family are essential for healthy infant maturity, recognizing, moreover that the maintenance of family and emotional ties is very important factor of social rehabilitation to the convict. However, one can not ignore the repercussions caused by the prison context with regard to children's development, considering is a possible compromise to the physical, mental and moral integrity of the minors who experience the experience of the parent submitted to state custody, given the deleterious effects that are exposed in these environments. Thus, we analyze the problem of convergence of the power and duty of the State of execution of the guarantee to family life between the minor child and their imprisoned parent and integrity protection that, compared to the principles of human dignity, the best interests of the child and the integral protection, pointing to the need for effective action of the government and civil society as a whole.

Keywords: Fundamental Rights. Family Living. Effectiveness. Minor Children. Prisoners Parents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: TRAJETÓRIA HISTÓRICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL 11
2.1 O TRATAMENTO SOCIAL E JURÍDICO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA 12
2.2 DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E A SUA SUPERAÇÃO PELO NOVO PARADIGMA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL 17
2.3 A VULNERABILIDADE DO TITULAR E O SISTEMA DE PROTEÇÃO ESPECIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 19

3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DE UM ESPECÍFICO CASO 22
3.1 VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A IMPORTÂNCIA DA ENTIDADE FAMILIAR PARA O DESENVOLVIMENTO INFANTO-JUVENIL 23
3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 26
3.3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE FILHOS MENORES AOS GENITORES PRIVADOS DE LIBERDADE À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 32

4 DESAFIO CONTEMPORÂNEO: PROTEÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES 40
4.1 PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA 40
4.2 DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS . 45
4.3 A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 48

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 58

REFERÊNCIAS 61

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, marco referencial da instituição do princípio da dignidade da pessoa humana, é estabelecida uma releitura da situação jurídica brasileira, gerando reflexos, especialmente, na esfera da população mais vulnerável, tendo sido insculpida a Doutrina da Proteção Integral, base fundamental do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

As crianças e os adolescentes passaram, desse modo, a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, sendo-lhes assegurados, com proteção especial e absoluta prioridade, entre outros, o direito à dignidade e ao respeito, colocando-os a salvo de toda a forma de negligência, conforme se encontra preconizado no *caput* do artigo 227, tudo isso em vista da sua condição de seres ainda em fase de desenvolvimento e de maior vulnerabilidade, ampliando o legislador constitucional esse encargo à família, à sociedade e ao Estado.

No mesmo dispositivo, assegura a Constituição Federal a convivência da criança e do adolescente com a sua família, reconhecido como direito fundamental na medida em que tem por escopo oferecer-lhes uma vida digna, sendo inegável que as relações estabelecidas no seio familiar se revestem de substancial importância para o seu amadurecimento sadio.

Sob outra perspectiva do mesmo direito, reconhece-se, indubitavelmente, que a manutenção de vínculos familiares e afetivos é fator importantíssimo para a recuperação do apenado. Todavia, não se pode ignorar os riscos a que ficam expostos os filhos menores de genitores que cumprem pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional, haja vista os efeitos deletérios ocasionados e os riscos a que ficam expostos no recinto carcerário.

Surge, com isso, a problemática em torno do conflito de interesses entre direitos e deveres, porquanto se tem, de um lado, o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar que, como referido anteriormente, é essencial para o seu desenvolvimento saudável, e do preso, visto que representa instrumento de ressocialização. Em contrapartida, tem-se o dever de proteção do Estado, que tem a obrigação de resguardar a integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes.

O tema aqui versado é, sem dúvida alguma, repleto de complexidade, por tratar de uma situação particular vivenciada por pais presos e filhos menores no contexto prisional, que como se sabe, está longe de ser propício ao convívio social, estando associado a formas grotescas e degradantes de habitabilidade. Imprescindível, por isso, abordar o direito fundamental à convivência familiar assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente sob a perspectiva da vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais e aos deveres de proteção que lhes são conexos, no sentido de que a ele incumbe assegurar não apenas a sua imediata eficácia, mas, sobretudo a sua efetividade social, indagando se realmente os efeitos da norma constitucional restaram produzidos no mundo dos fatos.

Assim, em linhas gerais, aponta-se no primeiro capítulo a trajetória dos direitos da criança e do adolescente, por meio de uma análise histórica, desvendando o tratamento jurídico e social dispensado às crianças e adolescentes, antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Analisa-se também como o novo paradigma, a chamada "Doutrina da Proteção Integral", representou a ruptura com o antigo sistema jurídico de tratamento infanto-juvenil da "Doutrina da Situação Irregular" e a mudança de todo o Direito da Criança e do Adolescente.

Posteriormente, aborda-se a respeito dos motivos pelos quais as crianças e os adolescentes são contemplados por um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais pela Carta de 1988.

No segundo capítulo, procura-se caracterizar o direito fundamental à convivência familiar previsto no artigo 227 do texto constitucional, bem assim a importância da entidade familiar para o desenvolvimento psicossocial da criança e do adolescente. Caracteriza-se, ademais, os princípios constitucionais que servirão de alicerce para este trabalho, quais sejam o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A partir daí, passa-se à análise do caso específico da convivência familiar entre filhos menores e seus genitores reclusos; a análise inicial parte do exame dos instrumentos normativos que visam assegurar esse direito fundamental, bem como se constata os aspectos positivos e negativos decorrentes do contato de crianças e adolescentes com seus pais encarcerados.

Por fim, no derradeiro capítulo, enfrenta-se a problemática da inadequação do ambiente prisional para crianças e adolescentes "versus" o direito de conviver com os pais, à luz do princípio do melhor interesse, assim como o poder-dever do Estado de conferir proteção aos direitos fundamentais e efetivação ao direito de convivência familiar, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: TRAJETÓRIA HISTÓRICA E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme lições de Norberto Bobbio, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 5).

Deste modo, partindo-se de uma perspectiva histórica, verifica-se que a consagração dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes insculpidos na Constituição Federal de 1988, bem como o reconhecimento desses seres como em condição peculiar de desenvolvimento não se deu imediata e repentinamente, como em um estalo, mas foram concebidos gradualmente ao longo de muitos anos.

Assim, imprescindível fazer-se um resgate histórico da evolução jurídica desses direitos, na medida em que um olhar para trás é sempre essencial para a melhor compreensão do que acontece presentemente em relação ao tratamento que é proporcionado a essa parcela vulnerável da população, tanto em termos jurídicos quanto sociais. Percorrer o passado é igualmente crucial para que se possa constatar certos erros de nossa sociedade, evitando que sejam novamente repetidos, e, finalmente, para aperfeiçoar os acertos.

Para tanto, sob um prisma histórico, será possível analisar os fatos e instrumentos jurídicos que auxiliaram na efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, para adentrar no período democrático que vivemos hoje, pós Constituição Federal de 1988. A partir daí houve uma evolução na consagração dos direitos infanto-juvenis com a concretização da Doutrina da Proteção Integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

Em seguida, em virtude do reconhecimento de pessoas como em peculiar condição de desenvolvimento, crianças e adolescentes passaram a ser destinatários de um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais, devendo ser assegurados pelo trinômio Família, Sociedade e Estado.

2.1 O TRATAMENTO SOCIAL E JURÍDICO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Com a Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de "proteção", passando à condição de sujeitos de direitos e beneficiários imediatos da Doutrina da Proteção Integral, em coerência com o Estado Democrático e Social de Direito. Contudo, nem sempre foi assim, pois num percurso histórico percebe-se que a infância não era compreendida como categoria distinta dos adultos.

Conforme observado por Martha de Toledo Machado, foi no final do século XVII, início do XVIII, que começou a identificação da categoria infância pela malha social, em vista da concentração humana nas áreas urbanas, bem como do surgimento das instituições escolares (MACHADO, 2003, p. 29).

Antes do século XVII, contudo, a criança era concebida como uma parte insignificante no contexto familiar e social. Como exemplo disso, ilustra o francês Phillippe Ariès em seu célebre estudo sobre a história medieval da infância, que durante o batismo, na Europa medieval, nos séculos XI e XII, os bebês eram mergulhados em grandes cubas, semelhantes a banheiras, e se viessem a morrer, "ninguém se comovia além da medida" (ARIÈS, 1981, p. 18-9). Isto porque, em consequência do acelerado crescimento demográfico da época, logo outra criança ocuparia o seu lugar, de modo que a sua morte era pouco, ou nada, sentida.

Na sociedade medieval, até o início dos tempos modernos, pode-se dizer que era inexistente o sentimento da infância, uma vez que a criança era considerada como um "adulto em miniatura". Assim, não havia etapas até a chegada à maioridade, a criança simplesmente passava diretamente para a fase adulta. Sobre a inexistência do sentimento da infância, esclarece o historiador francês:

> O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças. Corresponde à consciência pela particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. Por essa razão, assim que a criança tinha condição de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou de sua alma, ela ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes (ARIÈS, 1981, p. 156).

Depreende-se desse fragmento que houve um período em que a criança era considerada como um adulto, sendo forçada a conduzir-se como tal, não dispondo de um tratamento especial. Aliás, o tratamento que lhes era dispensado era no sentido de uma

indiferenciação social, vislumbrando-se um completo sentimento de insignificância e desconsideração.

Já em outro contexto, agora no Brasil-Colônia, a infância era marcada por violência e opressão, em face do modelo familiar baseado na autoridade e dominação, de modo que a família preocupava-se eminentemente com a acumulação de riquezas, ficando em segundo plano os interesses dos seus membros.

Dessa forma, a família era organizada em torno de um chefe no qual se concentrava absolutamente todo o poder, ou seja, atribuía-se ao homem a liderança do grupo familiar e a supremacia dos poderes, que recaía, por sua vez, sobre a mulher e sobre os filhos, os quais eram inferiorizados perante o pai.

Na família patriarcal, os filhos, enquanto menores, não eram considerados sujeitos de direitos, mas tão somente servos da autoridade paterna, de modo que para resguardá-la, cita-se, à guisa de exemplificação, o direito que era assegurado ao pai de castigar o filho como forma de educá-lo, excluindo-se a ilicitude da conduta se no seu exercício o filho viesse a falecer ou a sofrer lesão (AMIN, 2010, p. 5).

Durante a vigência das Ordenações Filipinas, iniciou-se a preocupação com os menores infratores. Assim, no plano da responsabilidade penal juvenil, destaca-se o livro V, no qual a lei concedia, como “benevolência” em face da tenra idade, a execução da pena de morte, a ser aplicada ao menor de vinte e cinco anos e maior de dezessete anos, sob a forma “suavizada” de enforcamento simples, que era chamada de pena de morte natural, fato ironicamente desvendado por José de Farias Tavares, que explica ainda que a exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte para maiores de quatorze anos (TAVARES, 2010, p. 50-1).

Em virtude da severidade do sistema filipino, que pretendia conter o crime através de medidas fundadas no temor, impondo penas duras e uma forma cruenta de castigar os transgressores da lei, no mais das vezes menores de idade, recebeu severas críticas, conquanto tenha regido o nosso Direito Penal por mais de duzentos e vinte anos, tendo sido revogado somente em 1830 pelo Código do Império.

Pode-se dizer, todavia, que a política criminal do Império persistiu com poucas alterações com a legislação republicana inicial, repreendendo duramente os infratores de tenra idade através do Código da República de 1890 (TAVARES, 2010, p. 52). Dito isto, é possível verificar que nesse período da história o tratamento dispensado às criança e os adolescentes, no que tange à responsabilidade penal, era no sentido de completo desprezo pela sua situação peculiar de pessoas humanas em desenvolvimento.

Importante observar que o início do período republicado foi marcado por um crescente aumento populacional, o que acabou por implicar na criminalização infantil, envolvendo majoritariamente as camadas menos privilegiadas da população. Martha de Toledo Machado descreve essa situação da seguinte forma:

> A crescente urbanização, com a simultânea presença nas cidades de camadas de homens livres marginalizados da fruição da riqueza socialmente produzida – e cada vez maior em número até que, na Europa, essa tendência se inverteu apenas em meados do século XX, no pós guerra -, gerou uma imensa massa de crianças e adolescentes que não tinham acesso à nova instituição, a escola. Esse grupo de "crianças não escola", em sua grande maioria inserida muito precocemente no mercado de trabalho em condições subumanas de exploração, viveu por séculos em completa marginalização, em situação de fome, de elevadíssimas taxas de mortalidade, em suma, de funda miséria. Nesse quadro de severa exclusão social, fez-se notar a criminalidade juvenil, em boa medida praticada, de fato, por jovens provenientes das camadas menos favorecidas da sociedade. E não apenas se fez notar, como tal criminalidade principiou a "incomodar" (MACHADO, 2003, p. 29-30).

E foi nesse contexto de expressivo aumento da criminalidade juvenil que se construiu a "confusão conceitual", conforme denominado pela autora, "criança carente-criança delinquente", que levou a construção da Doutrina da Situação Irregular, que será analisada mais detalhadamente no próximo tópico.

Sob o manto desse modelo de tratamento jurídico, é que vigorou o primeiro Código de Menores do Brasil, instituído em 1927 pelo Decreto nº 17.943-A, mais conhecido como Código Mello Mattos, que versava sobre os infantes expostos e menores abandonados, prevendo medidas assistenciais e preventivas, a fim de minimizar a infância de rua (AMIN, 2010, p. 6), podendo-se dizer, portanto, que foi o precursor na questão da problemática social do infante abandonado e delinquente.

Impende destacar que esse diploma possibilitou que o Estado não só intervisse na relação pai-filho, como substituísse a autoridade paterna caso esta não tivesse condições de proporcionar uma educação regular ao filho menor, hipótese em que este seria recolhido em uma instituição ou internato. Evidencia-se, deste modo, que houve uma conversão do pátrio poder, no qual o pai detinha o controle absoluto sobre os filhos, em pátrio-dever, de jeito que o Estado avocou para si a responsabilidade direta sobre o menor.

Por seu turno, o Código de Menores de 1979, que sucedeu o Código Mello Matos, elegeu como escopo o tratamento com o menor em situação irregular. Destaca-se que este código não contemplava todas as pessoas menores de idade, mas restringia-se a um grupo

específico, os “menores em situação irregular”, em “perigo moral ou material”, “em situação de risco”, ou “em circunstâncias especialmente difíceis”[1].

Sob outro enfoque, observa-se que, no início do século XX, as pressões de índole política, ideológica e popular na busca por direitos sociais constituíram-se em elementos fundamentais para o progresso na consolidação das políticas de proteção social às crianças e aos adolescentes, principalmente no contexto internacional.

É possível destacar, nesse sentido, os seguintes instrumentos normativos internacionais, cujas bases principiológicas foram incorporados pelo Estado brasileiro: em 1924, Genebra, a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, recomendando tratamento legislativo específico à população infanto-juvenil; em 1948, Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, recomendando fossem dispensados cuidados especiais às crianças e à maternidade; em 1950, a Convenção de Roma, determinando a privação de liberdade do menor desde que com fim educativo; em 1952, Genebra, a Conferência da ONU foi instituída em prol da proteção do nascituro e do recém-nascido; em 1969, a Convenção sobre Direito Humanos ou Pacto San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, exigindo respeito à vida humana desde a concepção (artigo 4), recomendando tratamento judicial especializado ao menor (artigo 5, item 5), bem como que as medidas de proteção a que têm direito as crianças são deveres da família, da sociedade e do Estado (artigo 19); e, finalmente, em 1989, a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pelo Brasil em 1990, constituindo referencial básico do Direito positivo brasileiro na consagração da Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente (TAVARES, 2010, p. 55-7).

Vale frisar, a esse respeito, que, no Brasil, as Constituições que representaram um grande avanço no campo dos direitos sociais foram as de 1934 e 1937, sendo que a de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a fazer referência a questões vinculadas à infância e à juventude[2].

Por sua vez, suscetível às lutas pelos direitos humanos, a Constituição da República de 1937 buscou ampliar, além do aspecto jurídico, a questão social da infância e juventude. Assim, destaca-se o Serviço de Assistência do Menor (SAM) que atendia menores delinquentes e desvalidos. Todavia, em face das pressões sociais e das críticas recebidas por

---

[1] Cf. o artigo 2º, do Código de Menores de 1979, compreendia-se como em situação irregular”: o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; todos os menores que apresentassem desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e ainda o autor de infração penal.

[2] Destaca-se o artigo 138, da Constituição da República de 1934: “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] c) amparar a maternidade e a infância; [...] e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como abandono físico, moral e intelectual”.

ser um sistema marcado pela repressão institucional, foi extinto em 1964, pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM (AMIN, 2010, p. 6-7).

Martha de Toledo Machado ressalta que, em razão do alargamento da marginalização socioeconômica a que vinha submetida a grande majoritária população brasileira, o Poder Público passou a ampliar, com o nascimento da FUNABEM, o atendimento de crianças e adolescentes, em sua maioria carentes, através da política de institucionalização, a qual foi implementada, na época, sob a justificativa de que as crianças e os adolescentes estariam mais bem amparados nessas instituições do que em seus lares junto de suas humildes famílias (MACHADO, 2003, p. 27).

Como se vê, nesse período da história, a preocupação era muito mais correcional do que afetiva, ou seja, o objetivo principal do poder público consistia na correção de comportamentos, adequando os jovens infratores às regras ditadas pelo poder estatal, privando-os da convivência familiar.

Todavia, a execução de tal política pública acabou por acarretar uma situação de exclusão social de expressivo grupo de jovens, agravado pelo rompimento do vínculo familiar, questão essa que será discutida mais adiante, tornando-os adultos incapazes do exercício de suas potencialidades humanas plenas, em face de que:

> As medidas impostas a adolescentes e a crianças, quando configuram institucionalizações, têm os efeitos deteriorantes das instituições totais agravados de uma maneira considerável, porque a deterioração institucional costuma produzir efeitos mais permanentes num indivíduo jovem do que em um adulto; uma vez empreendida, seja com o nome que for, pode provocar estragos irreversíveis, pois não opera no efeito regressivo com que atua sobre o adulto, mas sim de modo diretamente impeditivo da aprendizagem de sociabilidade mais ou menos comum da pessoa (ZAFFARONI et al., 2006, p. 315).

Retornando à exposição do processo evolutivo jurídico infanto-juvenil, a sucessão de eventos que antecederam a Constituição Federal, tais como as seguidas aniquilações do ser humano diante das duas grandes guerras, a ruptura com o regime militar na década de 80, acrescido da busca desenfreada por direitos humanos e da pressão de organismos sociais, nacionais e internacionais, foram fatores que contribuíram para a sua promulgação, na medida em que representaram uma profunda mudança de paradigma, alicerçada na valorização da dignidade humana, que por sua vez, demonstrou a necessidade de se fazer uma releitura das situações jurídicas da época. Em outros termos, os critérios jurídicos que até então vigiam já não eram mais suficientes para alavancar os novos valores da sociedade.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 representou um marco jurídico de transição democrática do Estado brasileiro, demonstrando um grande avanço na consolidação

legislativa dos direitos e garantias fundamentais, a partir de mandamentos protecionistas aos indivíduos, notadamente dos setores mais vulneráveis da sociedade brasileira, como as crianças, os adolescentes e os idosos.

Nesse contexto social e jurídico, o Estado viu-se compelido a rever seus paradigmas, não havendo mais espaço para as políticas repressoras de institucionalização de menores, como até a então FUNABEM, a qual foi extinta em 1989. Surge, assim, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, desmantelando as situações repressivas do Código de Menores de 1979, assim como outras que colocavam em xeque os seus direitos, elevando, finalmente, as crianças e os adolescentes à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e como cidadãos plenos de direitos. Instaurava-se a Doutrina da Proteção Integral.

2.2 DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E A SUA SUPERAÇÃO PELO NOVO PARADIGMA DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O instrumento normativo que determinou uma mudança de perspectiva jurídica na seara infanto-juvenil em nível internacional foi, indubitavelmente, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, que consolidou a Doutrina da Proteção Integral, tendo sua origem com a Declaração dos Direitos das Crianças, de 1959.

No caso brasileiro, essa nova etapa expressou-se através da Constituição Federal de 1988, sendo que sua manifestação legislativa mais enfática foi o Estatuto da Criança e do Adolescente. Adotando integralmente essa nova doutrina, o Estatuto surgiu com o escopo de dar efetividade aos direitos fundamentais infanto-juvenis, bem como regulamentar e implementar um novo sistema de proteção especial a estes direitos, como teremos ocasião de aprofundar.

Como visto, o sistema de leis do Código de Menores não contemplava todas as crianças e adolescentes, sendo restrito aos “menores em situação irregular”. Percebe-se que pelo fato de se encontrarem naquelas condições especificadas pelo código eram, como que maquinalmente, convertidos a essa categoria, sendo, por isso, objetos de uma intervenção estatal coercitiva.

A esse respeito, destacam-se as ilustrativas palavras de Martha de Toledo Machado:

> [...] com a constituição dos juízos de menores e a cristalização do direito do menor criou-se um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinquente (MACHADO, 2003, p. 44).

Desse modo, os juízes de menores, os quais não possuíam nenhuma limitação legal no tocante à execução de medidas referentes aos menores em situação binômica "abandono-delinquência", ou seja, em "situação irregular", constituíam-se em instrumento de controle social dessas crianças e adolescentes, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos fundamentais.

Outrossim, fazia-se distinção às crianças e aos adolescentes no que tange ao prisma normativo, uma vez que as questões que envolvessem os menores rotulados na categoria "carência-delinquência" eram processadas nos Tribunais de Menores, enquanto as questões abarcadas pelas demais crianças, ou pelas "boas crianças", deveriam ser discutidas pelo direito material da Infância e Juventude (MACHADO, 2003, p. 33-5), o que evidenciava, mais ainda, o cunho segregatório e estigmatizante desse sistema.

Ainda que se possa apontar tantas outras imperfeições do modelo de tratamento jurídico da situação irregular, no qual a gestão das legislações que nele se baseavam estava centralizada no Poder Judiciário, pode-se sintetizar, a partir do que diz Mary Beloff, no sentido de que a "proteção" estatal frequentemente violava ou restringia direitos, visto que não era concebida desde a perspectiva dos Direitos Fundamentais (BELOFF, 1999 apud COSTA, 2013, p. 45).

Em contraposição à concepção do "direito do menor", que já vigorava há cerca de um século na maioria dos países ocidentais, tendo sido oficializado pelo Código de Menores de 1979, mas de fato já implícito no Código Mello de Matos de 1927, nasce o paradigma da Proteção Integral, significando para o direito da criança e do adolescente uma verdadeira revolução social e jurídica, vez que os tornou destinatários de direitos próprios e especiais, em virtude de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, diferente, portanto, do antigo sistema, em que as crianças não eram percebidas como indivíduos, mas como meros objetos de manipulação dos adultos.

Essa nova doutrina consolidou-se através da inscrição do artigo 227 no texto constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ressalta-se que semelhante preceito pode ser encontrado no artigo 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

2.3 A VULNERABILIDADE DO TITULAR E O SISTEMA DE PROTEÇÃO ESPECIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, voltada aos direitos humanos, veio para atender os anseios para construção de uma sociedade mais justa, constituindo marco no que diz respeito à regulamentação de uma estrutura jurídica especial para crianças e adolescentes, titulares de direitos fundamentais.

Refira-se que os direitos resguardados no artigo 227 do texto constitucional são direitos fundamentais de todas as pessoas, todavia, de acordo com o que aponta o doutrinador civilista Rolf Madaleno, foi em virtude de se tratarem de seres indefesos e em fase de desenvolvimento de sua personalidade que o legislador priorizou os direitos das crianças e dos adolescentes, sobrelevando-os em primeira linha de interesse, merecendo especial proteção (MADALENO, 2013, p. 100).

Neste diapasão, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais, no sentido de distintos dos direitos dos adultos, sob dois aspectos: um de natureza qualitativa e outro de natureza quantitativa.

Verifica-se o primeiro aspecto a partir do reconhecimento de que crianças e adolescentes ostentam condição peculiar em relação aos adultos, vale dizer, a condição de seres humanos ainda em fase de desenvolvimento de suas potencialidades, de modo que, à sua condição intrínseca de seres distintos dos adultos, soma-se a sua maior vulnerabilidade em relação aqueles. Desse modo, natural que recebam um sistema de "proteção especial" do ordenamento jurídico (MACHADO, 2003, p. 123).

De outra sorte, do ponto de vista qualitativo, denota-se que crianças e adolescentes usufruem de uma quantidade maior de direitos fundamentais que os adultos, visto que, além de serem titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos ao ser humano nos

[3] Art. 4º, do ECA: "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."

artigos 5º, 6º e 7º da Carta Constitucional, gozam de outros direitos fundamentais, dos quais são titulares em razão dessa sua peculiar condição.

Pois bem, sob outro enfoque, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que, em decorrência do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal[4], a enumeração dos direitos fundamentais possui caráter meramente exemplificativo, posto que não descarta outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (FERREIRA FILHO, 2007, p. 100).

Nessa toada, faz-se necessário traçar a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Na esteira de Konrad Hesse, Ingo Sarlet define os primeiros como "aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva e social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais", já os segundos são aqueles que, "apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais" (SARLET, 2012, p. 80).

Por isso é que, apesar de estar situado fora do catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, nem por isso se deixa de identificar a fundamentalidade do artigo 227, uma vez que possui "status" constitucional formal e material.

Assim, uma vez reconhecido como fundamental o direito à convivência familiar, assim como os demais direitos preconizados pelo dispositivo supramencionado, imprescindível é a sua proteção, conforme adverte Bobbio, não se tratando de problema filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político, já que o que interessa "é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" (BOBBIO, 2004, p. 25).

Por tudo o que foi exposto nesse primeiro capítulo, depreende-se um quadro de profundas desigualdades no cenário brasileiro concernente à infância e à juventude, constatando-se que, independente da vigência de diversos instrumentos legais que foram instituídos com o escopo de minorá-las, ao bem da verdade, revestiram-se, tão somente, de certa roupagem protetiva, sendo nítido o tratamento discriminatório dispensado às crianças e adolescentes até o nascimento da Doutrina da Proteção Integral, quando estes, finalmente, passaram a ser considerados sujeitos de direitos.

Vê-se, assim, que os direitos da criança e do adolescente e a proteção especial que receberam foram reflexos de conquistas ao longo dos anos e a Constituição Federal de 1988

---

[4] Dispõe o § 2º, do art. 5º, da CF que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

representou o grande marco de estabelecimento de um novo paradigma, trazendo e coroando significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, mormente no que tange à consagração dos direitos fundamentais, de sorte que as antigas concepções calcadas no “direito do menor” mostraram-se insuficientes com a insurgência de valores democráticos, humanistas e solidaristas na ordem jurídica.

Os direitos fundamentais elencados no artigo 227 representam, assim, o reconhecimento constitucional de um conjunto de direitos destinados a tal parcela da população brasileira, os quais correspondem aos valores estabelecidos a partir do modelo de Estado Democrático (e Social) de Direito.

3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: ANÁLISE DE UM ESPECÍFICO CASO

Encerradas as reflexões acerca da evolução jurídica infanto-juvenil, com destaque à ruptura havida no final do século XX, quando novo paradigma legal de proteção à criança e ao adolescente se implantou através da Doutrina da Proteção Integral, bem assim a consagração no ordenamento jurídico do sistema de proteção especial, cumpre, pois, dar início à análise acerca do direito fundamental à convivência familiar, delimitando-se à uma particular e complexa situação, qual seja a relação entre filhos menores e pais privados de liberdade.

Para que possamos adentrar no estudo do direito fundamental à convivência familiar, imprescindível uma análise inicial acerca da importância do instituto família, visto que reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como base da sociedade, sendo recepcionado com expressa proteção especial do Estado[5].

No segundo subcapítulo, necessário discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na entidade familiar, tendo em vista que, com as transformações ocorridas no contexto do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal adotou uma postura protecionista em relação aos direitos do homem, ditos fundamentais. E, ainda, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de idêntica importância para este estudo, mesmo porque aplicável ao direito de visita.

No terceiro subcapítulo, busca-se analisar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente com o seu genitor e/ou genitora carcerários à luz da Lei de Execução Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, neste último caso, a partir da recente Lei nº 12.962/2014, examinando os pontos positivos e negativos do contato entre pais e filhos no ambiente prisional.

Pretende-se demonstrar, com isso, a necessidade de que as relações familiares sejam repensadas de acordo com os princípios insculpidos na Constituição Federal, para que no derradeiro capítulo, à luz dos deveres de proteção do Estado, a defesa da dignidade da pessoa humana, bem como do melhor interesse sirvam de suporte para a aplicação aos casos concretos.

---

[5] Art. 226, da CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

3.1 VISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A IMPORTÂNCIA DA ENTIDADE FAMILIAR PARA O DESENVOLVIMENTO INFANTO-JUVENIL

Como sabido, a Constituição Federal trouxe significativas mudanças na sociedade brasileira e, inevitavelmente, o conceito de família não ficou de fora, visto que a nova ordem constitucional, fundada na valorização da pessoa humana, representou uma radical ruptura em relação ao paradigma patriarcal, no qual o valor fundamental das relações familiares era marcadamente o patrimônio e os interesses de seus membros ficavam em segundo plano, estando a mulher e os filhos em posição de inferioridade em relação ao chefe patriarcal.

Alguns fatores sociais foram responsáveis por desencadear uma transformação do modelo de família patrimonial e patriarcal, retratados por Flávio Guimarães Lauria da seguinte forma:

> Ao longo do século XX assistimos a uma série de transformações sociais que implicaram numa mudança sensível no modelo de família brasileira. Uma das transformações mais relevantes foi a urbanização, provocando a redução do número de membros, a sua aproximação, além do fato dos seus membros terem passado a prover os meios de renda fora do lar familiar, o que diminui o poder de chefia do pater. Em 1986, o Brasil tinha 135.000.000 de habitantes, divididos em 33.000.000 de famílias (média aproximada de 4 pessoas por família), contando com 99.000.000 (73,33%) vivendo nas áreas urbanas, contra 37.000.000 em áreas rurais. Segundo as informações preliminares do Censo 2000, divulgadas pelo IBGE, a população urbana no Brasil já alcança o índice de 81,2% (oitenta e um e dois décimos por cento), equivalentes a aproximadamente 137.000.000 dentre os 169.000.000 de habitantes apurados. Obviamente que uma tal mudança social teria que provocar adaptações no ordenamento jurídico (LAURIA, 2002, p. 18).

Deste modo, houve uma mudança de perspectiva com relação ao exercício do pátrio poder, que acabou por entrar em crise, culminando com a sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988, especialmente a consagração, em seu primeiro dispositivo, da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), como nuclear de todo ordenamento jurídico pátrio, com sua especificação, no campo das relações familiares, através dos artigos 226 e 227.

Verifica-se, em decorrência disso, um fenômeno que transformou as legislações civis do século XXI, podendo ser entendido como a valorização do interesse da pessoa humana em detrimento do patrimônio, por outros termos, a pessoa humana passou a ser o centro da preocupação do ordenamento jurídico pátrio. Nesse passo, pode-se dizer que as relações

familiares deixaram de ser funcionalizadas unicamente no patrimônio, mas em razão da dignidade de cada partícipe, afirmando-se a finalidade mais relevante da família, qual seja a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar.

Esse cenário é descrito por Guilherme Calmon Nogueira da Gama da seguinte forma:

> A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas (GAMA, 2008, p. 10).

Nessa concepção, tendo como fundamento a família, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece que, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, a criança deve crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, acrescentando, ainda, ser a família um grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças.

Seguindo esses ditames, em acolhimento aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, a convivência da criança e do adolescente com a sua família foi elevada à direito fundamental assegurada pelo artigo 227 da Constituição Federal, com absoluta prioridade, constituindo um dos direitos da personalidade infanto-juvenil. Ainda, no ordenamento infraconstitucional, esse direito restou regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seus artigos 4º e 19[6], sendo dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade.

Como visto alhures, como decorrência de sua maior vulnerabilidade em relação aos adultos, porquanto ainda estão em condição peculiar de desenvolvimento, é que o público infanto-juvenil tornou-se beneficiário de um tratamento jurídico especial, recebendo um rol exclusivo de direitos fundamentais, com absoluta prioridade, por imposição do texto constitucional, situando-se entre eles o direito à convivência familiar.

É possível se constatar que tal prioridade deriva do fato de que a criança não cresce sadiamente sem a constituição de vínculos afetivos firmados com um adulto,

---

[6] Art. 19, do ECA: "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."

preferencialmente, com os seus genitores. De modo que a sucumbência do sistema de institucionalização evidenciou cada vez mais a imprescindibilidade da convivência familiar no desenvolvimento da criança e do adolescente, entendendo-se que tanto a relação mãe-filho quanto a presença paterna são fundamentais para o crescimento adequado do indivíduo, o que é raramente encontrado na vida institucional (FACHINETTO, 2008, p. 48).

O psicanalista inglês Donald W. Winnicott, que desenvolveu seus estudos acerca do amadurecimento do indivíduo com base nas interações familiares, enfatiza ser a família a única entidade capaz de atender as necessidades do indivíduo. Nesse sentido, assevera:

> [...] a família da criança é a única entidade que possa dar continuidade à tarefa da mãe (e depois também do pai) de atender às necessidades do indivíduo. Tais necessidades incluem tanto a dependência como o caminhar do indivíduo em direção à independência. A tarefa consiste em fazer face às necessidades mutantes do indivíduo que cresce, não apenas no sentido de satisfazer a impulsos instintivos, mas também de estar presente para receber as contribuições que são características essenciais da vida humana (WINNICOTT, 2005, p. 131).

Indiscutível, portanto, que o convívio familiar apresenta-se como fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, seres ainda em fase de crescimento de sua personalidade, não sendo demais se cogitar que tanto o relacionamento entretido entre estes e seus pais, quanto a falta dele, durante o estágio de evolução infanto-juvenil, poderão refletir na formação da estrutura psicológica e social do menor, e, com isso, ocasionar um impacto negativo no decorrer de sua vida adulta.

A esse respeito, as lições contidas nas palavras de Maria Berenice Dias:

> O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu de desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. [...] Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes (DIAS, 2015, p. 97-8).

Com efeito, a ausência paterna, mais comum nas sociedades modernas, pode ocasionar danos psíquicos em meninas e meninos. Cite-se, à guisa de ilustração, a possibilidade de dificultar a identificação feminina positiva nas meninas, proporcionando, nas mulheres, complicações na aquisição de feminilidade, bem assim podem apresentar consequências mais

graves como potencial homicida ou suicida. A rejeição materna, de outro lado, está associada à produção de crimes violentos na idade de dezoito anos (LAURIA, 2002, p. 152).

Desta forma, por ser o primeiro agrupamento de troca de emoções e de introdução as noções de valores sociais, a família desempenha papel essencial na estruturação da personalidade e no desenvolvimento do indivíduo sobre diversos aspectos, tanto de ordem cognitiva, quanto social, moral, afetiva e emocional, influenciando diretamente na construção do caráter e autoestima dos futuros adultos.

A partir dessas ideias, percebe-se a íntima ligação entre o artigo 226 e o direito fundamental à convivência com a família, visto que é no seio familiar que a criança e o adolescente se preparam para a vida social e comunitária, e se forem proporcionadas as condições apropriadas para essa convivência, favorecerá, consequentemente, no ulterior desenvolvimento do indivíduo.

À vista desta imprescindibilidade da entidade familiar para o desenvolvimento dos indivíduos que ainda estão em fase precoce da vida, sendo reconhecida como crucial para o processo de formação de sua personalidade e construção como pessoa, resta claro o motivo dela constituir a base da sociedade, de sorte que a convivência familiar foi elevada a direito fundamental pelo legislador constituinte, devendo ser assegurada, com absoluta prioridade, pela família, sociedade e Estado. De modo que restringir esse direito constitui violação ao direito fundamental.

Dessarte, oportuno encerrar a presente reflexão com as palavras do Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati, especialista na área da infância e da juventude, para quem “a família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro” (LIBERATI, 1991, p. 8).

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a compreensão e aplicação de princípios no Direito contemporâneo, é mister a constatação a respeito da crise da concepção jurídica preponderantemente positivista, que sustenta que o Direito se reduz a um mundo fechado de regras, ou seja, desacreditava em outros tipos de normas como integrantes do Direito.

Conforme retratado por Rodrigo da Cunha Pereira, na sociedade contemporânea, graças a primazia jurídica da pessoa humana, que se fundamenta na noção de que o interesse na relação jurídica é integralmente o sujeito e não o seu objeto, tornou-se insuficiente a concepção de Direito como estrutura formal (PEREIRA, 2006, p. 16-7).

Assim, no momento em que a Constituição de 1988 conduziu a ordem jurídica em direção ao esfacelamento desta corrente positivista estrita à uma perspectiva formal do Direito, possibilitou a consagração da força normativa dos princípios, viabilizando, consequentemente, o alcance da dignidade humana nas relações jurídicas, na medida em esta passou a nortear a hermenêutica, inclusive, solucionando questões pertinentes ao Direito Privado.

Pois bem, não há que se falar em direito à convivência familiar, sem antes examinar os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, bem como do Melhor Interesse do Menor, sendo indiscutível a sua importância para o deslinde das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes.

Como visto alhures, a inauguração da nossa atual Constituição se deu após um período de regime autoritário militar, tendo sido soerguida por efeito das pressões e dos anseios da sociedade engajada na luta por valores democratizantes e humanitários, ganhando cada vez mais relevo, no cenário nacional, a preocupação com a proteção dos direitos humanos. O que pode ser visualizado desde o seu preâmbulo, haja vista que projeta a construção de um Estado Democrático e Social de Direito, estando, dentre os fundamentos que o alicerçam a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Assim, o valor da dignidade humana passa a ser informador de, absolutamente, todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive, norteando e pressupondo outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, sendo, por tal motivo considerado o princípio máximo ou macroprincípio constitucional.

Ademais, a dignidade é reconhecida pela majoritária doutrina como um valor intrínseco e inerente a toda e qualquer pessoa, em virtude de sua posição especial no mundo, que a distingue dos demais seres vivos e das coisas, tratando-se de um valor objetivo que independe das circunstâncias pessoais de cada um (BARROSO, 2010, p. 21-2). Trata-se do reconhecimento de que, no âmbito jurídico, todos possuem o mesmo valor.

Disso decorre uma perspectiva social da dignidade humana, conforme destacado por Ingo Sarlet, justamente pelo fato de todos os seres humanos serem idênticos no que tange à dignidade, bem como pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito

comunitário dos seres humanos (SARLET, 2006, p. 52). Nessa linha, constata-se que a família constitui o espaço comunitário por excelência para a realização existencial de cada um de seus integrantes e de afirmação de suas dignidades.

No que diz respeito ao princípio da dignidade humana em relação à entidade familiar, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, citado por Maria Berenice Dias, assim afirma:

> A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (GAMA, 2003 apud DIAS, 2015, p. 45).

Sob o prisma histórico, no contexto da família patriarcal, baseada na centralização do poder nas mãos do chefe da sociedade conjugal, poder-se-ia dizer que a dignidade da pessoa humana era completamente desprezada à mulher e aos filhos, visto que eram subjugados e submetidos aos desmandos da autoridade masculina. Presentemente, no que compete à dignidade da pessoa da criança e do adolescente, a Constituição Federal expressa essa guinada em seu artigo 227, estabelecendo que é dever da família assegurar os direitos ali mencionados, dentre eles, a dignidade, além de colocá-los "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Percebe-se, com isso, uma gigantesca mudança de paradigmas, na medida em que a realização da dignidade humana, bem como a garantia de todos os direitos que lhe são inerentes, como o direito à vida, à liberdade, à educação e à convivência familiar, não são oponíveis somente ao Estado e à sociedade, mas a cada membro da própria família. Assim, a família agora está funcionalizada no desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas de todos os membros que a compõem, especialmente das crianças e dos adolescentes, em vista de sua peculiar condição de desenvolvimento.

Nessa esteira, a Convenção dos Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. Por conseguinte, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, extrai-se a intenção de assegurar a estes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, em condições de dignidade (artigo 3º), resguardando especial proteção, através do princípio em exame, às pessoas em processo de desenvolvimento (artigos 15 e 18)[7].

---

[7] Art. 3º, do ECA: “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

Ainda neste prisma, urge ressaltar a íntima relação que o artigo 17, primeira parte, do Estatuto, guarda com a temática, quando dispõe que "o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente", na medida em que o legislador concede proteção à integridade do menor, preservando o direito previsto constitucionalmente de proteção à dignidade humana desses seres em desenvolvimento.

Vale enfatizar que a preservação à integridade da criança e do adolescente assume especial relevância, haja vista o fato de se encontrarem em condição peculiar de maior vulnerabilidade e fragilidade, de modo que os atos perpetrados contra esses seres que de qualquer forma consistam em afronta à sua integridade, seja física, psíquica ou moral, violando, indissociavelmente, a sua dignidade, são considerados gravíssimos, porquanto passíveis de causar prejuízos irreversíveis no desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse sentido, são preciosas as lições de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> A dignidade da pessoa humana normalmente é tutelada, especialmente quando se encontra vinculada aos direitos fundamentais, por meio de duas funções distintas: (a) a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho de desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; (b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana em condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência (GAMA, 2008, p. 69).

Dessarte, na organização jurídica contemporânea da família, não é mais possível prescindir de normas que não estejam assentadas ou não levem em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, conquanto ainda a realidade social divirja da proposta constitucional, especialmente com relação às crianças e adolescentes.

E sendo assim, pertinente arrematar-se a análise do princípio da dignidade, sem se ter esgotado o assunto, com as seguintes palavras de Ingo Sarlet:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de 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 assegurem 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p. 60).

---

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";
Art. 15, do ECA: "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";
Art. 18, do ECA: "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".

Sob outro enfoque, diante do fato de as crianças e os adolescentes ocuparem posição privilegiada no seio familiar, por estarem em processo de evolução de sua personalidade e devido à falta de maturidade para gerir a própria vida sozinho, o Direito viu-se compelido a criar mecanismos com o fim de viabilizar o desenvolvimento pleno das suas potencialidades e, para isso, nada melhor que o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Em que pese não detenha previsão expressa no texto constitucional, referido princípio encontra fundamento essencial no artigo 227 da Lei Maior, que trata com absoluta prioridade os direitos fundamentais que profere, os quais são especialmente dirigidos às crianças e aos adolescentes, conforme já exposto, em razão da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, de forma que, garantir tais direitos significa atender aos interesses dos menores.

Podemos extrair, igualmente, o princípio do melhor interesse no ordenamento infraconstitucional, através de consagração expressa da Convenção dos Direitos da Criança de 1990, que estabelece que "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".

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por ser o instrumento jurídico efetivador das normas já preconizadas na Constituição, constitui-se no mais apto diploma legal pátrio a especificar linhas de apreensão do princípio em comento, a exemplo do que prevê os artigos 4º e 5º, cuja redação é bastante próxima do artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 6º, quando nos deparamos na parte final com a expressão "condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Conforme leciona Flávio Guimarães Lauria, a infância e a adolescência receberam prioridade do ordenamento jurídico em vista do seu caráter único, ou seja, pela sua condição especial como ser em desenvolvimento, e também de sua natureza transitória, com possibilidade de sequelas irreparáveis. Nesse seguimento, o conteúdo do dispositivo 227 da Constituição faz transparecer de forma clara que o legislador atribuiu aos direitos da população infanto-juvenil posição de prioridade, estabelecendo uma verdadeira hierarquia de valores e arrolando como responsáveis pela elaboração e aplicação dos direitos fundamentais que lhes são inerentes, a família, a sociedade e o Estado (LAURIA, 2002, p. 32-4). Significa dizer, em suma, que prevalecerá sempre o interesse da criança e do adolescente sobre quaisquer outros interesses.

Ademais, como desdobramento fundamental do princípio em análise, tem-se que, na resolução de conflitos envolvendo menores, o interesse destes estará sempre em primeiro

plano, por expressa disposição constitucional (LAURIA, 2002, p. 34-5). Contudo, a história nos mostra que nem sempre foi assim, de modo que tal desdobramento foi resultado de uma inversão de prioridades no âmbito das relações familiares.

Nesse sentido, aponta Paulo Lôbo que, na medida em que o pátrio poder existia em função do pai, nos casos de convivência familiar, bem como em conflitos relacionados à separações conjugais, o interesse do filho mostrava-se irrelevante, de sorte que hoje, diferentemente, o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Assim, qualquer decisão deve ser tomada considerando o seu melhor interesse, uma vez que trata da criança como sujeito de direitos e não mais como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em "situação irregular" (LÔBO, 2010, p. 70).

Deste modo, vê-se que no contexto atual as crianças e os adolescentes passam a ser protagonistas principais, reconhecidos como sujeitos ativos de direitos, diversamente do que ocorria no passado, não muito remoto. Nessa toada, as preciosas ponderações de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na histórica da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menor para o direito. Como pessoa humana em processo físico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas. Tal tratamento deve ser ministrado não para diminuí-lo sob o prisma jurídico, mas sim para que eles possam ser integralmente protegidos com objetivo de permitir "o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade", conforme a feliz redação do art. 3º da Lei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (GAMA, 2008, p. 80-1).

Todavia, imperioso destacar que o conceito de melhor interesse não é absoluto, tendo em vista que não existe um conceito preconcebido do que seja o melhor interesse para a criança e para o adolescente, como ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

> Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser prima facie. Os princípios, por serem standards de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto. Por isso, o conceito de "Melhor Interesse" pode sofrer variações no tempo e no espaço (PEREIRA, 2006, p. 129).

Constata-se, com isso, a necessidade de que, não só as soluções para a apuração do que se entende por melhor interesse do menor dependam sempre do exame das circunstâncias e particularidades do caso concreto, mas também que as decisões que tratem de questões

envolvendo crianças e adolescentes, como ocorre no caso da convivência familiar, tenham sempre o princípio do melhor interesse como fundamento, sob pena de ofensa constitucional.

Portanto, o princípio do melhor interesse deve ser inteiramente implementado no plano jurídico como critério de interpretação e de aplicação da norma jurídica naquelas situações, tutelando os menores sempre com prioridade e reconhecendo a sua condição de sujeitos ativos de direitos. A par dessas considerações, há de se reconhecer que esse princípio constitui preceito a ser obedecido para dar garantir jurídica à Doutrina da Proteção Integral.

Isso posto, pretendeu-se, fundamentalmente, conduzir o exame dos princípios da dignidade humana e do melhor interesse, uma vez que representam mecanismos com força normativa determinantes para a orientação do legislador em casos de conflitos ou mesmo para a aplicação de normas jurídicas, com escopo de efetivar os ideais definidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, já que, conjugados, determinam a primazia das necessidades infanto-juvenis, considerando o menor como sujeito em pleno desenvolvimento. De sorte que, a partir daí, o estudo possa evoluir para a análise do direito fundamental da convivência familiar dos filhos menores aos seus genitores privados de liberdade.

3.3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE FILHOS MENORES AOS GENITORES PRIVADOS DE LIBERDADE À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Urge, de plano, salientar que é pública e notória a problemática em torno do atual sistema penitenciário brasileiro, em face do paradoxo existente entre a norma jurídica e a realidade social, tratando-se de complexo tema, sobretudo quando envolve crianças e adolescentes.

Diante de todo pano de fundo até aqui elucidado, especialmente no que toca à proposta protecionista dos indivíduos trazida pela alcunhada Constituição Cidadã de 1988, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é que a ordem jurídica coloca à disposição do cidadão brasileiro um complexo de recursos jurídicos para a fruição dos direitos fundamentais.

Deste modo, em termos jurídicos, pode-se dizer que houve um significativo avanço na garantia dos direitos fundamentais, os quais repercutiram tanto na esfera da infância e da

juventude, assim como representou uma mudança do tratamento dispensado à população carcerária.

Por essa perspectiva, no contexto do encarceramento de homens e mulheres na condição de genitores, o ordenamento jurídico dispõe de um acervo normativo visando assegurar o exercício do direito à convivência familiar, reconhecendo, deste modo, a importância da manutenção de vínculos afetivos estabelecidos tanto pelos reclusos quanto pelo menores, uma vez que fundamental para o pleno desenvolvimento destes últimos, mas que também pode ser eficaz para aqueles.

Dentre as normas que versam sobre o tema, destaca-se a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, que, nos termos do inciso X do artigo 41, dispõe que são direitos do preso "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados".

Sobre a importância do convívio familiar para o apenado, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

> 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 encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção 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 para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e a 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 de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos em dias determinados (art. 41, X) (MIRABETE, 1997, p. 121).

No que pertine aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, alínea "L", que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação".

Por conseguinte, a Lei de Execução Penal foi alterada pela Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009, passando a incluir em seu artigo 83, parágrafo 2º, o seguinte mandamento: "os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade" e, com isso, garante-se, de um lado, a saúde do filho e, de outro, enseja à mãe o

despertar de novos sentimentos e valores, podendo influenciar de modo positivo na sua ressocialização (MARCÃO, 2012, p. 87).

Tem-se, outrossim, o artigo 89 do mesmo diploma[8], que determina que o estabelecimento penitenciário seja dotado de seção especial para a gestante e parturiente, bem como de espaço específico para abrigar crianças, com atendimento médico às mães e aos infantes.

Percebe-se, da análise dos dispositivos acima transcritos, que o legislador atentou para o respeito à dignidade da pessoa humana, que alcança tanto o apenado quanto à infância e à juventude. No que pertine à previsão do direito de amamentação há de se reconhecer a sua dupla destinação, na medida em que garante, simultaneamente, ao filho o direito à alimentação natural, através do aleitamento, sendo, por isso, desdobramento do direito à saúde da criança e do adolescente[9], bem assim garante à mãe o direito ao contato e à amamentação com seu filho, representando fator de reeducação social para as presidiárias. Trata-se, inegavelmente, de inovação em termos de direitos humanos fundamentais.

Em 2.014, finalmente, houve a edição da Lei nº 12.962, trazendo relevantes inovações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a regulamentar o direito de visitação de crianças e adolescentes que possuem seus genitores privados do direito de liberdade, acrescentando o parágrafo 4º ao artigo 19 do Estatuto, que assim prevê: "será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial".

Importa observar que um dos aspectos relevantes da nova lei diz respeito ao fato de que, anteriormente à sua criação, além da necessidade de prévia autorização judicial, muitas vezes, os pedidos de visitação de filhos menores aos presídios em favor de familiar preso ficavam à critério da Administração Penitenciária, tendo em vista que cabia a Lei de Execução Penal regulamentar a entrada e a permanência de crianças durante as visitas[10].

---

[8] Art. 89, da LEP: "Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável".

[9] Art. 7º, do ECA: "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".

[10] Cf. previsto no parágrafo único do artigo 41 da LEP "os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

Por assim dizer, as visitas dos menores nas instituições prisionais eram reguladas por seus próprios regimentos internos, que adotavam um poder discricionário (SANTOS, 2006, p. 2). Assim, cada casa prisional podia estabelecer regras de acordo com o seu regimento interno, desde que nos limites impostos pela Lei de Execução Penal.

Ademais, observa-se que, até então, o direito de convivência era previsto pela Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, inciso X, com a ressalva de que não mencionava as crianças e os adolescentes, o que implicava na sua invisibilidade enquanto sujeitos de direitos. Sabe-se que a realidade sempre antecede ao Direito, de maneira que, não causa estranheza a ausência de menção aos filhos menores na referida legislação.

Pelos motivos expostos é que se pode afirmar que o advento da Lei nº 12.962/2014 demonstra ser um avanço no que tange ao exercício do direito fundamental à convivência familiar, haja vista que passa a regulamentar e normatizar a visitação de crianças aos seus genitores reclusos, facilitando o contato entre entres.

Pois bem, frente à complexidade e hostilidade do Sistema Penitenciário brasileiro, imprescindível analisar além daquilo que está positivado no nosso Direito. Desta forma, em linhas gerais, ingressa-se na abordagem da particular e degradante situação experimentada pelas crianças e adolescentes cujos pais se encontram privados de liberdade e os impactos que as instituições prisionais acarretam no seu desenvolvimento.

Inicialmente, merece relevo a questão da permanência de crianças no espaço prisional junto das mães, enquanto estas cumprem penas judiciais, e que mantêm os seus filhos consigo no estabelecimento de execução penal, seja por opção, seja por lhes faltarem outra solução. Deste modo, evidenciam-se problemas relacionados à maternidade, que refletem na infância, já que, em virtude das precárias condições das penitenciárias femininas que não disponibilizam de atendimento especializado para tratar da saúde da mulher, pode-se afirmar que inúmeras crianças já se encontram “presas por tabela”.

Com efeito, o resultado do estudo de Rosangela Peixoto Santa Rita sobre mães, com crianças nos primeiros anos de vida, atrás das grades, indica deveras um enorme descompasso entre as garantias expressas em normas legais e a realidade que vivenciam. Nessa esteira, ao discorrer sobre o direito à maternidade nos presídios, afirma que:

> Apesar de serem assegurados em lei aspectos importantes, como a existência de unidades prisionais exclusivas para as mulheres, o direito ao aleitamento materno, a instalação de berçários, entre outros, o que, de fato, ocorre é a não institucionalização dessas ações, que poderiam contribuir para o reconhecimento das diferenças e do direito a ter direito. Constata-se, assim, que as ações institucionais se desenvolvem sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização

> da execução penal. São precárias, isoladas, pontuais, ineficazes e têm contribuído para a degradação e violação do direito a uma vida digna. Nota-se que todas as formas de encarceramento são complexas, e isso implica pensar no agravamento dessa situação, especialmente quando seres humanos, reconhecidos legalmente como prioridade absoluta, estão em uma de suas fases mais significativas: os primeiros anos de vida (SANTA RITA, 2009, p. 205).

Nesse contexto, a jornalista Nana Queiroz, em sua pesquisa tratando das dificuldades de presas no sistema penitenciário feminino, apurou que a gravidez durante o cárcere longe está de se adequar à programação visada pela Lei de Execução Penal, mencionando que a Lei nº 11.942/2009, que assegura às presidiárias o direito de um período de amamentação e cuidados médicos aos bebês e às mães detentas, não foi acompanhada de medidas efetivas para o seu cumprimento, conforme descreve:

> Existem apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro. Quando não há vagas nesses locais, o procedimento é enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas podem ficar com o filho e amamentá-lo, mas não têm acesso a cuidados médicos específicos. O benefício não é estendido a todas as mulheres, sobretudo não às que cumprem pena em locais impróprios e precisam sujeitar os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem (QUEIROZ, 2015, p. 75-6).

Além disso, depreende-se dos depoimentos das detentas, expressos na obra de Queiroz, que as unidades prisionais contam com pouca ou nenhuma adaptação para o recebimento destas crianças, chegando ao extremo de muitos bebês acabarem nascendo nos chãos, em virtude da lotação das alas maternas especiais, ou ainda, os partos serem conduzidos pelas próprias presas (QUEIROZ, 2015 p. 73-4).

Ademais, à falta de estrutura para atendimento às mães e filhos no cárcere, soma-se a situação de separação que aquelas têm de lidar quando completa-se o período de aleitamento definido em lei. Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Santa Rita:

> Sabe-se que a própria Constituição Federal e a Lei de Execução Penal não definem um período de tempo mínimo para a permanência da criança junto à mãe que cumpre pena de prisão; apenas mencionam o direito que têm as mães de amamentar os seus filhos ou filhas. Assim, em termos legais, a mulher presa tem o direito de permanecer com o filho no período de aleitamento, em instalação de berçário. Entretanto, o preceito legal parece colidir com aspectos subjetivos da gestão prisional. Com isso, a maternidade na prisão pode constituir-se de forma ambígua: de um lado, como fator de felicidade; de outro e, ao mesmo tempo, como dupla penalização, face ao momento de separação entre a criança e a mãe-presa (SANTA RITA, 2009, p. 210).

Desta forma, os filhos nascidos nas penitenciárias são inseridos em diferentes destinos familiares, com os quais muitas vezes eles não têm um apego adequado, de outro modo, são

entregues a abrigos para crianças abandonadas. Não se pode deixar de cogitar os profundos prejuízos que esses contextos podem trazer ao desenvolvimento psíquico, emocional e social de um infante, na medida em que o vínculo é de extrema importância.

O seguinte relato colhido pela autora Nana Queiroz corrobora com essa ideia:

> Gardênia foi presa mais vezes depois dessa, e, em alguma parte do caminho, o marido sumiu também. As filhas tiveram que crescer em um abrigo. Hoje, Ketelyn é uma menina "educada", diz Gardênia. Está no ensino médio e vai bem na escola. Mas é uma menina fechada e reticente, que tem dificuldades de expressar os sentimentos. Não visita muito a mãe porque tem que ir ao médico constantemente. Ele não sabe dizer exatamente o que Ketelyn tem, mas a menina bate a cabeça na parede todas as noites até adormecer (QUEIROZ, 2015, p. 77).

Pois bem, sob outro enfoque, insta observar que a realidade das crianças que permanecem nos primeiros anos de vida no interior das penitenciárias distingue-se daquela experimentada pelas crianças e adolescentes que visitam os seus familiares nestas instituições, em vista das diferentes situações em que são submetidas nesse contexto, ainda que ambas sejam consideradas ultrajantes.

Com efeito, verifica-se que para o ingresso nas penitenciárias as crianças são expostas a situações desconfortantes, como suportar longos períodos de espera na fila de entrada e a revista pessoal. Conforme apontado por Andréa Marília Vieira Santos, a imposição de regras e condutas adotadas pelas entidades carcerárias nos momentos que antecedem as visitas em nada diferencia o tratamento dispensado a adultos e crianças (SANTOS, 2006, p. 3).

Quanto ao ambiente prisional em si, em que pese sejam escassos os estudos dedicados às situações das prisões brasileiras, especialmente no que concerne aos danos psicológicos que podem causar às relações estabelecidas entre pais encarcerados e seus filhos, assim como ao desenvolvimento biopsicossocial dos menores que permanecem ou que têm contato com o cárcere, não restam dúvidas da sua inadequação para o convívio social, na medida em que expõe o indivíduo à degradação sobre todos os aspectos.

Cogita-se, assim, acerca da possibilidade de que uma criança ou adolescente venha a sofrer riscos decorrentes da exposição a alguns fatores a que são submetidos no espaço da execução penal, tendo em vista que consiste em um ambiente, por si só, altamente agressivo e conflituoso, e sobrelevando a sua condição peculiar de pessoas humanas ainda em fase de crescimento, os prejuízos hão de ser ainda mais profundos.

Nesse sentido, a professora e psicóloga Claudia Regina Vaz Torres, em suas reflexões acerca da construção da identidade de crianças no sistema prisional, enfatiza que, durante as visitações, estas vivenciam situações de vulnerabilidade diante da exposição aos demais

internos, como tentativas de extorsões, assédio, promiscuidade, entre outros, constatando que as crianças não compreendem o significado de uma penitenciária, mas à medida que crescem estabelecem sentidos que influenciam de modo diverso o seu desenvolvimento (TORRES, 2011, p. 7).

Além disso, outro impacto do sistema penitenciário na vida das crianças e adolescentes ao lidarem com a situação de encarceramento dos genitores diz respeito a precocidade no enfrentamento de uma situação estigmatizadora. A esse respeito, leciona Torres:

> A construção da identidade das crianças no contexto de ter um pai e ou/mãe presa é conflitante, primeiro porque precisa ver e sentir a situação de aprisionamento e punição do familiar, segundo por conviver num contexto de institucionalização, quando são abrigadas durante o cumprimento da pena de reclusão e terceiro pela condição de pertencer a um grupo: filhos de presidiários (TORRES, 2011, p. 3).

Assim, no contexto prisional, a criança convive com os diversos discursos formulados sobre a prisão e com aqueles que vêm de dentro da prisão; enfrentam a convivência com tipos que cometeram crimes e vivenciam as situações de subordinação, de exclusão social, bem como as que se veem como diferentes (TORRES, 2011, p. 6). Ou seja, enfrentam o estigma de serem "filhos de presidiários", com toda a carga que isso representa.

Nessa toada, a lição contida nas esclarecedoras palavras de Schilling et al (2008, p. 6):

> O estigma – que pressupomos cercar os presidiários – se estende para além do indivíduo encarcerado, passando para as pessoas que se relacionam diretamente com eles, seus familiares ou amigos, o que permite à sociedade considerá-los uma só pessoa. A sociedade os vê de maneira fundida: a mulher de presidiário ou o filho de presidiário. Com base nesses pressupostos, podemos concluir que o olhar estigmatizante que é direcionado à família do presidiário é uma extensão do estigma que o cerca.

Destaca-se, assim, que a pena extrapola a condenação penal, surtindo os seus efeitos para além dos apenados, de modo que a vida das pessoas com os quais estes tenham contato no mundo extramuros passa a ter de se adequar integralmente a essa circunstância de encarceramento. No caso dos filhos destes apenados, denota-se um peso gigantesco com o qual têm de lidar, podendo acarretar, em consequência da situação estigmatizante imposta pelo aprisionamento do pai e/ou da mãe, prejuízos ao seu desenvolvimento saudável, na medida em que implica, irremediavelmente, em percepções sociais, inserindo-os em determinadas conjunções, como é o caso do provérbio popular "filho de peixe, peixinho é".

Embora não se tenha esgotado as situações de riscos a que ficam expostos os filhos de detentos no contexto prisional, sendo irrefutável que opera efeitos negativos na vida desses menores que, de alguma forma, exerçam contato com o mesmo, em razão da complexidade e da nítida precariedade do nosso Sistema Penitenciário, por si só, aviltante e grotesco, mas que também negligencia no que tange ao oferecimento de uma estrutura adequada para o efetivo recebimento e atendimento infanto-juvenil, em que pese a existência de leis voltadas para esse fim, deve-se levar em consideração a necessidade do convívio materno e paterno e os malefícios que a sua ausência acarreta no crescimento adequado dessas pessoas ainda em fase precoce da vida, cuja relação afetiva com os genitores é relevante para o seu desenvolvimento biopsicossocial, conforme amplamente abordado.

Urge, pois, sopesar qual o maior prejuízo para o menor: os efeitos deletérios advindos do presídio para a sua integridade física, psíquica e moral ou a ausência da companhia dos genitores e os danos psíquicos e sociais daí decorrentes para o seu desenvolvimento saudável.

4 DESAFIO CONTEMPORÂNEO: PROTEÇÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Após tecidas as necessárias considerações a respeito da convivência familiar, sendo demonstrada a importância dos vínculos familiares na relação entre pais e filhos e as consequências que a sua inexistência ocasiona, delimitando-se ao caso dos menores que são inseridos no contexto penitenciário como consequência do aprisionamento dos seus genitores, urge, agora, exprimir os pontos incontroversos decorrentes do confronto existente entre o poder-dever do Estado de conferir proteção a esses seres em condição peculiar de desenvolvimento e de efetivação da garantia constitucional à convivência familiar.

Neste contexto, evidencia-se um dos maiores desafios da atualidade, qual seja a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne às crianças e adolescentes que, como se viu, por muitos anos viveram sob o manto de absoluta invisibilidade social e jurídica.

Procura-se, assim, enfrentar a delicada questão da inserção de filhos menores no cenário prisional ante a degradante e degradada realidade do nosso sistema penitenciário, a partir da análise jurídica da tutela do direito à convivência familiar e da perspectiva de vinculação do Estado aos direitos fundamentais e aos deveres de proteção que lhe são conexos, na medida em que a ele incumbe o papel de, não apenas conferir a sua imediata eficácia, mas, sobretudo, a sua efetividade social, de uma forma compatível com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor.

4.1 PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

O capítulo anterior ateve-se à problemática que envolve os presídios brasileiros e de suas repercussões na vida das crianças e adolescentes que, de alguma forma, exerçam contato com o ambiente do cárcere a fim de formar uma convivência com seu genitor privado de liberdade, já que salutar para esses pequenos que ainda estão em fase de crescimento as referências materna e paterna para se desenvolver saudavelmente.

A questão que se levanta, contudo, é saber até que ponto o convívio familiar deve ir. Ou seja, se o direito fundamental à convivência entre pais e filhos deve se sobrepor até mesmo aos perversos efeitos e condições do sistema penitenciário, pondo em xeque a

integridade física, psíquica ou moral da criança ou do adolescente; ou, se deve-se primar por sua segurança, restringindo, neste caso, a convivência familiar.

Nesse seguimento, a orientação modernamente trilhada no âmbito do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a privação dos laços familiares e afetivos e a perda da referência paterna e/ou materna poderão ser ainda mais maléficos para as crianças e os adolescentes do que a sua entrada no presídio. Ilustra-se tal entendimento por meio do seguinte julgado referente ao Habeas Corpus nº 107701:

> HABEAS CORPUS. 2. DIREITO DO PACIENTE, PRESO HÁ QUASE 10 ANOS, DE RECEBER A VISITA DE SEUS DOIS FILHOS E TRÊS ENTEADOS. 3. COGNOSCIBILIDADE. POSSIBILIDADE. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ENTENDIDA DE FORMA AMPLA, AFETANDO TODA E QUALQUER MEDIDA DE AUTORIDADE QUE POSSA EM TESE ACARRETAR CONSTRANGIMENTO DA LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM CONCEDIDA. 1. COGNOSCIBILIDADE DO WRIT. A jurisprudência prevalente neste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não terá seguimento habeas corpus que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Alargamento do campo de abrangência do remédio heroico. Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de habeas corpus contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via habeas corpus, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. Habeas corpus conhecido. 2. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria Lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. **Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convício familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes.** 3.

> ORDEM CONCEDIDA. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 107701, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2011) (grifei)

Tal entendimento, inclusive, tem sido trilhado pela jurisprudência no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme os precedentes a seguir arrolados:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DE VISITA DE MENOR NA CASA PRISIONAL. POSSIBILIDADE. Embora a penitenciária não seja um ambiente adequado para crianças, é legítimo o direito das crianças de conviverem com os seus familiares. Além disso, a privação do apenado do convívio dos seus filhos menores prejudicaria o objetivo da ressocialização. Precedente do Supremo Tribunal Federal. AGRAVO PROVIDO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo 70060973864, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, 2015)

> AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE VISITA DE FILHA MENOR DE IDADE NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO. A criança sofrerá muito mais pela ausência da figura paterna durante toda a sua infância do que com a revista realizada no presídio onde encontra-se segregado seu pai, pois este contato com o genitor, em qualquer situação em que este esteja, é de extrema importância para o seu desenvolvimento. Ademais, apenas pelo fato de estar cumprindo pena, o pai não pode ser privado do contato de sua filha. Aliás, certamente este contato motivaria o apenado a querer retomar sua vida fora do estabelecimento, objetivo principal da pena. Por fim, a inexiste qualquer previsão legal proibindo a visita de crianças, ou filhos, a seus pais no estabelecimento prisional. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO APENADO A.S.O., PARA AUTORIZAR QUE SUA FILHA E.R.O. O VISITE NO ESTABELECIMENTO ONDE ESTÁ SEGREGADO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo 70037224342, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, 2010)

Assim, reconhece-se a inadequação do recinto carcerário, entretanto, consiste o exercício da visitação na única maneira de garantir o direito à convivência familiar previsto no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que o Judiciário tem reconhecido a relevância desse direito para os filhos menores de apenados, posicionando-se no sentido de prevalência sobre toda a problemática atinente ao âmbito do cárcere, desde que, evidentemente, haja compatibilidade com os melhores interesses da criança e do adolescente.

Tanto é que a lei brasileira garantiu que ao menos os seis primeiros meses do bebê fossem vividos juntos da mãe, durante os quais ele seria amamentado, assim como a Lei nº 12.962/2014 tratou de assegurar a convivência de crianças e adolescentes com a mãe ou o pai privados de liberdade, independentemente de autorização judicial.

Aliás, acredita-se que a pretensão do legislador, quando da elaboração da novel legislação que acrescentou o § 4º ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tenha sido justamente a de afastar o critério de proibição ao direito de visitação de crianças e adolescentes aos seus genitores cumprindo pena em estabelecimentos penitenciários, sob o

argumento de existir risco à segurança e à integridade física, psíquica e moral desses menores. Da mesma forma em que explicitou o direito do preso ao convívio familiar, cuja finalidade é, senão outra, a de garantir a sua reeducação e ressocialização, sendo importante que se diga, o genitor preso está privado do direito de liberdade, e não dos direitos inerentes ao poder familiar, que não foram suspensos nem destituídos com a sua prisão[11].

Ademais, para o recluso, o convívio familiar significa o único contato com o mundo extramuros, sendo que a presença da família e também dos filhos pode lhes propiciar o fortalecimento dos vínculos e a participação do desenvolver dos infantes.

É certo também que esse direito não é absoluto, no sentido de impenetrável contra qualquer tipo de restrição na sua esfera objetiva e subjetiva. Conforme visto alhures, a solução para o cotejo de interesses envolvendo crianças e adolescentes dá-se sempre pelo exame das circunstâncias particulares de cada caso, de modo que o direito de convivência familiar poderá ser seguramente limitado na hipótese de divergência com outros valores ou bens jurídicos constitucionais de mesma ou maior relevância.

Na esteira do que professa o jurista Ingo Sarlet, limites aos direitos fundamentais podem ser concebidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que reduzam ou eliminem o gozo do bem jurídico protegido, prejudicando o seu exercício e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção, que resultem dos direitos fundamentais. Nessa linha, afirma-se que uma das hipóteses de limitação aos direitos fundamentais ocorre por força de colisões com outros direitos fundamentais, conquanto inexista limitação expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador (SARLET, 2012, p. 400-1).

Assim, contanto que imprescindível para a garantia de outro bem jurídico constitucional, pode-se falar em restrição de direitos fundamentais, ainda que esta hipótese não esteja expressamente prevista na norma.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 227, cuidou justamente de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à dignidade e ao respeito, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão, concatenando-se com o princípio da proteção integral, que está diretamente vinculado à sua condição de vulnerabilidade, como seres ainda em desenvolvimento. Outrossim, como seguimento do princípio da dignidade humana, tem-se a

---

[11] Cf. preconiza o art. 23, § 2º, do ECA: "A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha."

proteção da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, em virtude dessa sua condição peculiar em relação aos seres humanos adultos.

Dessa forma, é entendimento pacificado, quanto ao direito de visitas, a prevalência do interesse dos menores em relação a quaisquer outros, inclusive aos interesses do genitor apenado, ainda que seja a visitação expressamente assegurada a este último, na Lei de Execução Penal, com o intuito de possibilitar a sua ressocialização.

Nessa perspectiva, o juiz deverá tomar conhecimento das repercussões da decisão proferida, devendo total subserviência ao princípio do melhor interesse do menor, posto que o seu bem-estar deverá estar sempre em primeiro plano.

Pois bem, não restam dúvidas de que a prisão não é um local adequado para crianças e adolescentes, todavia, o filho não pode ser restringido do contato com seu genitor, mesmo que esteja preso, já que o impedimento da manutenção de vínculos com as suas principais referências acarreta prejuízos ao desenvolvimento do menor e ao apenado, que se vê afastado da família. A afirmação de que o direito fundamental à convivência familiar dispunha de tamanha magnitude no que tange ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, constatando-se que, mesmo no contexto penitenciário, a importância de se ter contato com os genitores encarcerados continua, igualmente, relevante, acaba por revelar uma nova problemática, envolvendo, desta vez, uma controvérsia entre direitos e deveres.

Assim, constata-se, de um lado, o direito fundamental das crianças e adolescentes de conviver com seus pais, como condição para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades, discutindo-se o impacto da perda da presença materna e paterna no desenvolvimento biopsicossocial desses seres ainda em fase de construção de sua personalidade, assim como o direito do preso de manter vínculos familiares e afetivos, enquanto relevantíssimo instrumento de ressocialização e recuperação do apenado.

Em contrapartida, o dever constitucional de proteção do Estado aos direitos fundamentais e a obrigação de munir-se de condições objetivas capazes de permitir a eficácia e efetividade social desses direitos, garantindo, concomitantemente, a convivência familiar e a preservação da integridade das crianças e dos adolescentes, considerando sua condição peculiar, uma vez que impossível se ignorar a impropriedade do cárcere para o recebimento de menores, ante os riscos e as situações aviltantes já expostas no decorrer deste trabalho.

4.2 DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores, mormente o da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 passou a incorporar um extenso rol de direitos fundamentais com o escopo de melhor operacionalizá-los, conferindo, deste modo, melhores condições de exigibilidade social.

Na busca por concepções filosóficas que estabeleçam uma justificação para os direitos fundamentais, citam-se as lições de Norberto Bobbio, para quem os direitos do homem[12] assumem relevância a partir do momento em que ocorre uma transferência da primazia, passando do Estado para os cidadãos, na relação que os coloca em contato. Nesse sentido, declara:

> A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna (BOBBIO, 2004, p. 4).

Por essa concepção, que teve como marco inicial a conversão universal dos direitos do homem em direito positivo[13], representando uma inversão de prioridades no que tange às relações estabelecidas entre o Estado e o indivíduo, houve o reconhecimento de direitos em favor deste último, a quem até então eram atribuídos somente deveres, de maneira que coube ao ente estatal o dever de garantir tais direitos.

Conforme leciona Bobbio, o Estado deixa de ser absoluto, passando a apresentar limitações, já não mais sendo considerado como "fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência", de modo que "a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para

---

[12] Cumpre traçar uma distinção entre as expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais". A expressão "direitos do homem" ou "direitos humanos" destina-se aquelas reivindicações de todos os povos e válidas em todos os tempos, são direitos postulados em bases jusnaturalistas. Por serem essenciais a própria natureza do homem, possuem caráter inviolável, intemporal e universal. Por sua vez, a locução "direitos fundamentais" diz respeito aos direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos espaço-temporalmente, ou seja são direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2003, p. 393).

[13] Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidades em 1948.

a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos" (BOBBIO, 2004, p. 29).

Isto é, reconhece-se que não é a pessoa humana que existe em função do Estado, mas justamente o oposto, uma vez que aquela deixa de constituir o meio da atividade estatal para ser a sua finalidade primordial. Desta forma, os direitos humanos fundamentais passam a ser positivados a fim de atender a diversas necessidades básicas inerentes à garantia da dignidade humana.

Em ressonância com esse preceito, o Estado assume a função de tutelar os direitos fundamentais, já que como mencionado outrora, o problema mais premente não é fundamentar os direitos do homem, mas encontrar meios de protegê-los, sendo desnecessário reafirmar que para protegê-los não basta proclamá-los.

Para que tal empreitada seja possível, entende-se necessário que sejam lançados alguns apontamentos acerca das perspectivas que assumem os direitos fundamentais previstos pela doutrina, a qual já reconhece que, paralelamente a dimensão subjetiva, no sentido de que os direitos fundamentais são exigíveis pelos seus destinatários, individualmente considerados, tais direitos também apresentam uma dimensão objetiva, sobre a qual será dado maior enfoque.

Assim, consigna-se que os direitos fundamentais não se restringem somente à função de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, também, passaram a apresentar-se como um sistema de valores objetivos, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para a ação positiva dos Poderes Públicos, aos órgãos legislativos, judiciários e executivos (SARLET, 2012, p. 146).

Nessa esteira, atreladamente a sua dimensão objetiva, pertinente mencionar as múltiplas funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, as quais se relacionam entre si, contribuindo para a sua proteção jurídica. Para Canotilho estas funções seriam: a função de defesa, segundo a qual os direitos fundamentais representam, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo-os de interferirem na esfera individual dos cidadãos, bem como implicam, num plano jurídico-subjetiva, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, a fim de evitar ofensas por parte dos mesmos; a função de prestação social, que equivale, ao direito do particular de obter algo através do Estado, como por exemplo saúde, educação, segurança social; e a função de proteção, no sentido de que dos direitos fundamentais resulta um "dever do Estado" de conferir proteção aos seus titulares (CANOTILHO, 2003, p. 407-9).

No que respeita a função que reconhece deveres de proteção está o encargo estatal de amparar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, seja em relação a ofensas advindas dos poderes públicos, seja no que diz à violações cometidas pelos próprios particulares. Nesse sentido, assevera Ingo Sarlet:

> A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais [...] encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultando, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares (SARLET, 2012, p. 149).

É, aliás, o que o jurista denomina de "eficácia protetiva" dos direitos fundamentais, expondo, mais adiante, acerca desse fenômeno que:

> Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quanto da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional (SARLET, 2012, p. 414).

Como se vê, o dever de proteção estatal advém do fato de que é vedada, salvo excepcionalmente, a autotutela, logo, para compensar essa restrição de poder dos indivíduos, o Estado obriga-se a intervir nas relações jurídicas, lançando mão de providências de natureza positiva ou prestacional, suficientes para cumprir seu dever de tutela com o intuito de proteger adequada e efetivamente o exercício dos direitos fundamentais, contra quem quer que seja.

Assim, na dicção de Canotilho, os deveres de proteção não constituem "um simples dever de acção do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de acção para 'segurar' direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais" (CANOTILHO, 2001 apud SARLET, 2012, p. 150).

No que pertine ao tema central desse estudo, mister salientar que por adentrar-se no contexto estritamente prisional, o direito à convivência familiar não perde a sua fundamentalidade, devendo, portanto, serem tomadas todas as providências a fim de concretizá-lo na prática. Acredita-se, dessa forma, que, sempre que a solução não resultar em uma ofensa ao princípio do melhor interesse, tal direito deve ser seguramente efetivado, e não restringido, devendo as crianças e os adolescentes manter um vínculo com as suas principais figuras de ligação, com o pai e com a mãe.

E, uma vez concedido, no âmbito do Judiciário, tendo em conta que a visitação de menores sugere a existência de riscos inerentes ao sistema prisional, é dever, então, do Estado, através de seus órgãos, adotar as medidas positivas, respondendo de modo preventivo ou repressivo contra qualquer ato que atente contra a integridade da população infanto-juvenil, colocando-a "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão", nos termos do que preceitua o artigo 227 da Constituição Federal, em consonância com os princípios da dignidade humana e da proteção integral.

4.3 A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Imprescindível, antes de adentrarmos nesta discussão específica, resgatar a trajetória histórica desenvolvida ao longo deste trabalho, com destaque à identificação da nova Ordem Constitucional com o valor da dignidade humana e, na medida em que os princípios constitucionais ganharam força normativa perante o sistema jurídico brasileiro, com efeito vinculante relativamente às demais normas, torna-se imperioso que as relações jurídicas sejam norteadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de uma aproximação ao ideal de justiça.

Conforme afirma Maria Berenice Dias:

> O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (DIAS, 2015, p. 42).

Conquanto se tenha tido um inegável progresso na esfera da positivação dos direitos fundamentais, bem como toda a evolução ocorrida relativamente ao seu conteúdo, observa-se um paradoxo: de um lado, vislumbra-se um farto conjunto normativo, conferindo ampla proteção ao valor da dignidade da pessoa humana e, de outro, um imenso descaso no que concerne ao respeito desses direitos, que são constantemente violados, sendo que, ainda hoje, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da alcunhada Constituição Cidadã, longe estamos de ter solucionado os inúmeros desafios que a matéria sucinta.

Um desses desafios certamente diz respeito à atual busca dos profissionais do direito de instrumentos constitucionais e fundamentos teóricos adequados à realização das normas

que estabelecem direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, culminando de vez com o seu caráter meramente abstrato.

E é justamente com o intento de acentuar a força normativa de todos os direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do § 1º do artigo 5º[14]. Em razão disso, como bem afirmado por Flávia Piovesan, compete aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todas as disposições de cunho fundamental, de modo a assegurar a sua "força dirigente e vinculante", ou seja, tal princípio objetiva tornar os direitos fundamentais prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Públicos (PIOVESAN, 2012, p. 92).

Sabe-se que as normas constitucionais são concebidas para orientar as relações sociais e, evidentemente, para serem aplicadas[15], vale dizer, toda constituição é feita para ser aplicada. Nesse contexto jurídico, pode-se afirmar que uma norma só é plenamente aplicável se estiver pronta para incidir, ou seja, desde que possua eficácia.

Convém, por isso, traçar a distinção, apresentada pela doutrina, entre a eficácia jurídica e a eficácia social da norma, consistindo a primeira, consoante as lições de Ingo Sarlet, na possibilidade de a norma vigente ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos e, por sua vez, traduz-se a última no resultado concreto decorrente do efeito jurídico da norma (SARLET, 2012, p. 240).

Confunde-se o conceito de eficácia social com a noção de efetividade da norma que, de acordo com o que leciona o ministro Luís Roberto Barroso, representa "a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o "dever-ser" normativo e o "ser" da realidade social" (BARROSO, 2002, p. 84-5). A efetividade seria nada menos que a consecução dos fins sociais da norma, podendo-se afirmar, portanto, que uma norma poderá ser juridicamente eficaz sem a sê-la socialmente.

Ainda nesse contexto jurídico, imprescindível mencionar que, malgrado tenha o constituinte disposto acerca da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, na concepção de José Afonso da Silva, algumas normas carecem de normatividade suficiente para que possam produzir os seus colimados efeitos quando da entrada em vigor, diferentemente de outras, que automaticamente já os produzem, ficando aquelas na dependência do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado (SILVA, 2009, p. 82-3).

---

[14] Art. 5º, § 1º da CF/88: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

[15] "Aplicabilidade" de uma norma denota a noção de "possibilidade de aplicação", conforme ensina José Afonso da Silva, "constituindo na atuação concreta da norma, no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano" (SILVA, 2009, p. 51).

Situam-se tais normas dentre as de eficácia limitada, sendo usualmente nominadas "programáticas"[16].

Nessa esteira, defende-se que a disposição contida no artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece ser absoluta prioridade do Estado, além da família e da sociedade, assegurar, dentre outros, o direito à convivência familiar, pode ser classificada como norma constitucional de cunho programático referida ao Poder Público, na medida em que determina fins e tarefas ao Estado e, por conseguinte, de eficácia limitada, ficando a sua aplicação efetiva sujeita à legislação ordinária, assim como de outras providências a serem materializadas pelos órgãos governamentais a fim de que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte.

Com efeito, observa-se que a Constituição, no *caput* deste dispositivo, não exprime especificamente os direcionamentos a serem tomados pelos poderes públicos para a realização das finalidades ali estabelecidas, dentre os quais, a garantia do direito à convivência familiar, podendo apenas ter-se como certo de que não poderá, em hipótese alguma, praticar condutas contrárias ao previsto no texto. Entretanto, percebe-se que no § 7º o legislador constituinte estabelece que "no atendimento dos direitos da criança e do adolescente deve-se levar em consideração o disposto no artigo 204"[17] e no § 8º dispõe que a lei estabelecerá o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens, bem como o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Quanto às condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, aponta José Afonso da Silva:

> Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que

[16] Normas programáticas, na dicção de José Afonso da Silva, seriam aquelas que o constituinte, em vez de regular, direta ou indiretamente, determinados interesses, apenas traça linhas diretoras a serem cumpridas pelos Poderes Públicos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2009, p. 138). Vale salientar que a concepção moderna de Silva superou a clássica teoria norte-americana, que elaborou a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em duas categorias distintas: "self-executing provisions", que seriam as normas, desde logo, aplicáveis e "not self-executing provisions", que seriam, contrariamente, disposições não autoaplicáveis por si mesmas. Assim, partindo-se da premissa de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, Silva enunciou a célebre divisão tricotômica das normas constitucionais, quais sejam: normas constitucionais de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida (2009, p. 82-3).

[17] Art. 204, da CF: "As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes [...]".

> visa ao amparo da cultura pelo Estado. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionado a atividade dos órgãos do Poder Público e criando condições jurídicas de vantagens ou de vínculo (SILVA, 2002, p. 163-4).

Dito isto, consigna-se que, na medida em que a norma que aqui se analisa preconiza ser "dever do Estado", se trata de comando de conteúdo programático cujo destinatário é o ente estatal, instituindo fins e tarefas, que, por isso, não pode abrir mão. Por outros termos, na medida em que o Estado assumiu um compromisso constitucional perante a sociedade, a fim de atender as suas necessidades básicas humanas, através da consagração dos direitos fundamentais, cabe a ele o dever de efetivar as garantias e propostas da Lei Maior; do contrário, opera-se mais do que o descumprimento de tal preceito, mas o vazio axiológico constitucional.

Nessa toada, pertinente se faz transcrever a decisão do Ministro Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.611:

> **É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, "[...] 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"** [...]. [...] o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello). **É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez** (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o STF [...]. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF [...]. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente

> vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...] **O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.** [...] Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pela eminente Min. Cármen Lúcia (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 482.611, Relator: Min. Celso de Mello, 2010) (grifei)

Considera-se, portanto, a convivência familiar como prerrogativa constitucional indisponível das crianças e adolescentes que, enquanto direito social prestacional, importa na obrigação constitucional do Estado em realizar os pressupostos materiais que possibilitem a efetiva concretização desse direito.

Nesse sentido, cumpre frisar que, a partir do reconhecimento dos imperativos de tutela, isto é, dos deveres de proteção, que implicam numa atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, seja de maneira preventiva, seja repressivamente, contra violações advindas dos próprios poderes públicos ou até mesmo de particulares, o Estado, por intermédio de seus órgãos ou agentes, poderá frustrar esses deveres de proteção agindo de modo insuficiente, cada vez em que ficar aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar (SARLET, 2012, p. 406).

Tais hipóteses configuram as omissões constitucionais. A propósito, cumpre lembrar, embora não se entre aqui nas minúcias, que a própria Constituição Federal tratou para que fossem instituídos autênticos mecanismos processuais para suprimir omissões cometidas pelos poderes públicos, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, nas hipóteses cabíveis.

Dessa forma, afirma-se que a via jurídica, na qual se recorre à tutela jurisdicional para suprir as omissões advindas dos poderes públicos no cumprimento das normas constitucionais constitui-se em uma das hipóteses para se promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

No que pertine à recepção da Lei nº 12.962/2014 em nosso ordenamento jurídico, que incluiu a garantia de visitas periódicas ao pai ou mãe privados de liberdade, independentemente de autorização judicial, observa-se que funciona como um estímulo à abordagem acerca da nocividade de crianças e adolescentes no ambiente penitenciário, uma vez que, por pior que possa ser para esses menores ter seu pai preso, aliados aos riscos a que

ficam expostos nesses encontros, o afastamento dos liames familiares, com a inibição da visitação, pode ser ainda pior; os benefícios da convivência entre pais e filhos superam eventuais hostilidades, conforme amplamente discutido ao longo deste trabalho.

De outra parte, ainda que imponha o reconhecimento de que o legislador tem se empenhado na tutela dos direitos da criança e dos adolescentes, representando um grande acerto na medida em que reforça o direito à convivência familiar entre estes e seus pais que cumprem pena em estabelecimentos penitenciários, não é formulando uma reforma legislativa que se dá por resolvido os infortúnios advindos da crueza de nosso sistema penitenciário e da sua desestruturação no que tange à realização de políticas e investimentos destinados a amparar à população carcerária e os familiares, bem assim o atendimento de crianças e adolescentes nesse recinto, que facilitem o convívio familiar. Tal passo é necessário, mas constitui apenas um primeiro, e miserável passo para a efetivação dos direitos fundamentais.

Verifica-se, nessa toada, que, dentre outras diretrizes, cabe ao Estado promover a eficácia do direito ao convívio familiar de crianças e adolescentes aos seus genitores no âmbito carcerário, oferecendo as necessárias condições para propiciar um ambiente seguro ao recebimento e atendimento da população infanto-juvenil, uma vez que são reconhecidos como titulares de direitos fundamentais constitucionais, dentre eles, o direito a serem criados no seio de sua família, amparados pela doutrina jurídica da proteção integral, jamais se olvidando que tal medida deve sempre se coadunar com o seu melhor interesse.

Assim, parece desarrazoado o fato de marcar a infância dos filhos dos presidiários, sujeitos de direitos e de vontade, ainda em desenvolvimento, por efeito das omissões Estatais no que tange à promoção de políticas que atendam fundamentalmente quem está sob sua custódia.

Ora, se o empasse para entrada e permanência de menores nas casas prisionais reside na impossibilidade de garantia de sua integridade física, psíquica e moral, devem, então, ser adotadas as necessárias providências para que isso não aconteça, sendo incoerente permitir que as consequências da omissão ou ineficiência estatal recaiam sobre o apenado e, mais ainda, sobre as crianças e adolescentes, detentores de direitos fundamentais.

Desta feita, a inércia estatal no cotidiano prisional, culminado pela falta de estrutura e absoluta precariedade, atrelado ainda pelo desamparo social e de ações que visam ao atendimento integral dos presidiários e de suas famílias, acaba por repercutir inequivocadamente nas interações familiares, contribuindo para a fragilização dos vínculos afetivos e, por conseguinte, implicando no afastamento da efetivação plena do direito fundamental à convivência familiar.

Isto porque a ausência de políticas públicas de proteção social a essas famílias e o consequente agravamento da situação financeira dos seus membros constitui-se em um empecilho para formação de relações com aquele ente que está aprisionado. A respeito do delicado cenário em que vivem as famílias dos presidiários, sublinha-se a seguinte reflexão de Mônica Ferreira da Silva:

> [...] parece cada vez mais tênue o complemento Família-Estado, depositando nas famílias uma sobrecarga que não conseguem suportar e tendo em vista as precárias condições socioeconômicas a que signitificativa parcela da população carcerária está submetida. [...] a política social brasileira não tem conseguido alterar o quadro de pobreza e exclusão de parcela significativa da população; de um lado privilegia certos segmentos da população que já são bem assistidos, portanto, é marcadamente elitista; de outro lado, é assistencialista quando direcionada aos segmentos mais pobres da população. Tal política social reflete uma cultura historicamente enraizada no Estado e na sociedade que legitima o autoritarismo (SILVA et al., 2007, p. 54-5).

Frente à esse desmazelo no que tange à execução de políticas e ações sociais no contexto familiar, evidencia-se a premente necessidade de se concatenar os atos dos poderes públicos ao princípio da dignidade humana, oferecendo condições dignas à essas famílias a fim de possibilitar a efetivação do direito à convivência familiar.

Verifica-se, portanto, que a concretização dos direitos fundamentais de índole social depende, em geral, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica, isto é, da imposição de deveres de proteção do Estado, porquanto vinculados às normas constitucionais, resultando na adoção de uma postura ativa a fim de promover a eficácia e efetividade de tais direitos. No caso do direito à convivência familiar no contexto prisional, evidencia-se a necessidade de um agir efetivo por parte dos órgãos estatais no sentido de fazer cumprir a legislação constitucional e de execução penal no que diz respeito ao atendimento integral de crianças e adolescentes que vivenciam essa situação particular, bem como a estruturação física dos estabelecimentos prisionais para o seu recebimento ou permanência, desde que, é claro, de acordo o seu melhor interesse, além de outras medidas que facilitem o convívio familiar.

Entretanto, entende-se que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos além dessa sua concepção meramente prestacional estatal ou deveres estatais, de modo que, em que pese esses elementos estejam intimamente ligados a sua origem e concepção, tais direitos não devem ser restringidos a tanto. Nesse sentido, professa Marco Aurélio Serau Junior:

> A concepção de um Estado prestacional (Estado-Providência), não é a essência, mas sim a *consequência* da vinculação dos direitos de ordem social à dignidade da pessoa humana. Com efeito, o Estado só assumiu o papel de prestador de algumas

> atividades de proteção à dignidade humana e garantia do mínimo vital dada a passagem da sociedade Ocidental para o Capitalismo e a consequente insuficiência da rede privada de proteção social. (grifo original) (SERAU JUNIOR, 2010, p. 170)

Desta forma, a ideia de que os direitos fundamentais operam tão somente como simples atividades prestacionais vinculadas aos poderes públicos deve ser superada, mesmo porque atualmente se discute a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em oposição ao reconhecimento de relações entre o Estado e a sociedade civil, vale dizer, eficácia vertical dos direitos fundamentais[18].

O autoritarismo político no Brasil coincidiu com o surgimento de uma nova força política no cenário nacional, qual seja a sociedade civil, sendo, portanto, a via participativa um dos caminhos pelos quais se pode assegurar, ou, ao menos, ampliar a efetividade das normas constitucionais.

Nesse prisma, como bem afirma o ministro Luís Roberto Barroso, "não há efetividade possível da Constituição sem uma cidadania participativa" (BARROSO, 2002, p. 78-9). Assim, a participação da sociedade na efetivação das normas constitucionais jamais deve ser desmerecida, podendo ser exercida tanto por intermédio de uma atuação política, a partir de uma mobilização e organização que contemple as reivindicações sociais, quanto de uma atuação jurídica, nas hipóteses em que a intervenção do Judiciário seja cabível, valendo-se de mecanismos jurídicos como a ação coletiva e a ação civil pública, por exemplo.

Por essa perspectiva, sustenta-se que a eficácia e a efetividade dos direitos sociais está nas mãos não só dos órgãos estatais, devendo ser abandonada a dicotomia entre Estado e a sociedade civil, na medida em que demandam, para a sua concretização, uma participação ativa da sociedade civil, portanto, dentro de uma perspectiva democrática.

Nesse prisma, as precisas ponderações expressas nas palavras de Jorge Miranda:

> Não se trata apenas de criar serviços ou concretizar prestações, pecuniárias ou outras; trata-se também, por um lado, de dar lugar e voz aos destinatários e beneficiários segundo a Constituição e a lei e, por outro lado, de admitir formas de complementaridade ou de concorrência entre as intervenções do Estado e das demais entidades públicas e as iniciativas das pessoas e dos grupos existentes na sociedade civil. Assim se espera optimizar as condições de realização dos direitos e aprofundar a própria democracia (JORGE MIRANDA, 2000, 389-390).

Por derradeiro, verifica-se que um dos obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais diz respeito a sua equiparação a meros gastos governamentais,

---

[18] A eficácia horizontal fundamenta-se na ideia de que os direitos fundamentais não devem ser oponíveis somente aos poderes públicos, irradiando efeitos também nas relações privadas (SARLET, 2012, p. 148).

atribuindo-lhes, para a sua implementação, a condição econômica do Estado. Na concepção de Serau, tal argumento somente gera descompromisso para com a causa dos direitos humanos, dando margem à sua diminuição ou supressão (SERAU JUNIOR, 2010, p. 174-5).

Contudo, a dimensão econômica dos direitos fundamentais assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, na medida em que os direitos sociais estão vinculados à uma prestação positiva do Estado, exigindo, inevitavelmente, para sua realização e proteção, uma expressiva alocação de recursos materiais e humanos.

Nessa linha, no que concerne à concretização do objeto dos direitos fundamentais, aplica-se a teoria da "Reserva do Possível", cujos desdobramentos apontados pela doutrina são os seguintes: a problemática da disponibilidade material como limitação fática à efetivação desses direitos e a problemática da possibilidade jurídica de disposição, posto que o Estado também deve deter capacidade jurídica de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes (SARLET, 2012, p. 287).

Contudo, em que pese constitua espécie de limitação fática e jurídica dos direitos fundamentais, a bem da verdade, a reserva do possível poderá funcionar, em determinados casos, como garantia dos direitos constitucionais, a exemplo da hipótese dos conflitos entre direitos fundamentais.

No que se refere a norma contida no artigo 227, cumpre rememorar que, por se tratar de direito fundamental, possui aplicação imediata, por força do artigo 5º, § 1º, não havendo motivos para a sua inaplicabilidade. Mesmo porque as normas relativas à infância e juventude estão consubstanciadas pelo princípio da "prioridade absoluta". Daí resulta que a concretude das políticas públicas de atendimento da população infanto-juvenil, por imposição constitucional, deve ser tratada de modo imediato, com a mais alta prioridade na alocação de verbas orçamentárias.

Com efeito, tal prioridade dá causa a sucumbência de quaisquer ponderações discricionárias da Administração Pública relativamente a convivência familiar e aos demais direitos insculpidos no artigo 227 da Constituição, afastando de vez a hipótese de sopesar quaisquer outros direitos com os das crianças e adolescentes.

Nessa toada, oportunas as palavras de Wilson Donizeti Liberati:

> Por absoluta prioridade, 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 [...]. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas,

> construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam par a demonstrar o poder do governante (LIBERATI, 1991, p. 4-5).

Constatando-se que os direitos fundamentais foram positivados como forma de atender as necessidades humanas, em congruência com a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que os direitos sociais devem ser caracterizados, portanto, não apenas como prestacionais, deveres estatais ou simples gastos públicos, mas, mais precisamente como direitos de resposta à questão social (SERAU JUNIOR, 2010, p. 178).

Em face das considerações expendidas, tanto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que reconhece à garantia do direito à convivência familiar da criança e do adolescente, quanto à luz do princípio da proteção integral que prima pela proteção de sua integridade física, psíquica e moral, acredita-se que tal direito, na medida em que concebido como fundamental, deve ser efetivado e concretizado pelos órgãos públicos, pela família e pela sociedade civil, de modo que a busca por ideais efetivos e eficazes de proteção social a esses seres deve ser permeada por toda a sociedade, sempre em consonância com o princípio do melhor interesse do menor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ciente de que, inevitavelmente, o tema não foi exaurido nesse estudo, a conclusão a que se chega é no sentido de que há um hiato entre o idealismo normativo, que assegura a convivência de filhos menores com os seus pais presos, e a complexa e hostil realidade do Sistema Penitenciário Brasileiro, reconhecendo-se, não sem pesar, que a fundamentalidade dos direitos insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal, intrínsecos às crianças e adolescentes, bem como toda a sorte de recursos jurídicos que visam a operacionalizá-los, não logram munir o Direito.

O que se pode perceber é que, a partir da implementação de um extenso rol de direitos fundamentais, reconhecidos como resultado da consagração da dignidade humana como valor supremo e fim a ser perseguido, a Constituição Federal, por ocasião de suas promessas não cumpridas, peca muito mais pelos excessos do que pelas suas carências, sendo reconhecida por parte da doutrina pela programaticidade dos direitos sociais.

A jurisprudência tem sido favorável em reconhecer que a convivência com os pais é salutar à criança e ao adolescente, devendo se sobrepor, muitas vezes, até mesmo aos aspectos nocivos advindos do cenário prisional, na medida em que se constitui na única forma de manter vínculos com a figura materna e/ou paterna, evitando, assim, o abandono e a separação dos genitores nessa etapa tão peculiar e evolutiva da vida humana. Ademais, apurou-se que a ruptura do elo de afetividade com os genitores pode ocasionar severos prejuízos psicossociais ao infante, sendo que ao recluso, o convívio familiar possibilita, além do único contato com o mundo externo, o acompanhamento do crescimento dos filhos.

Deste modo, reconhece-se a importância do direito fundamental à convivência familiar, devendo a família, a sociedade e o Estado lançarem mão de medidas hábeis a efetivá-lo, frente aos deveres de proteção do Estado Constitucional, o qual está obrigado a tutelar, de modo suficiente, os bens fundamentais de todos os indivíduos contra os abusos oriundos de quem quer que seja, inclusive contra ele próprio, conferindo às crianças e aos adolescentes proteção contra atos que, de qualquer forma, atentem contra a sua integridade física, psíquica ou moral.

A trajetória histórica desenvolvida no prelúdio deste trabalho possibilitou-nos visualizar as mudanças ocorridas no que tange ao tratamento dispensado à infância e à juventude ao longo dos tempos, sendo que até o advento da nova Ordem Constitucional, imiscuída na Doutrina da Proteção Integral, estes viveram sob o manto de uma invisibilidade

social e jurídica. De qualquer modo, a realidade tem nos mostrado que em muitas circunstâncias parece-nos que a Situação Irregular continua a produzir seus efeitos, como é caso dos filhos de presidiários.

Evidencia-se que estes compõem uma população esquecida, tanto pelos órgãos governamentais, quanto pela doutrina pátria, que pouco vem aprofundando o assunto, inclusive no sentido de realização de pesquisas, ainda muito tímidas e escassas. Com isso, pode-se dizer que a dita incongruência normativa no que se refere ao direito de convivência familiar no contexto prisional decorre, num primeiro momento, da ausência de um amplo e adequado enfrentamento do problema.

Contudo, a frustração da efetivação do que se reproduz nos textos legais é resultado, principalmente, da inércia de condutas do Poder Público para com as complexidades do nosso Sistema Penitenciário, seja a partir do não oferecimento de pressupostos materiais para a concretização dos direitos fundamentais, seja atuando de maneira insuficiente, acarretando, consequentemente, a fragilização das relações familiares concebidas no espaço prisional.

Nesse sentido, como bem refletido por Santa Rita, “esses direitos garantidos por lei funcionam, muitas vezes, como ‘letra morta’”, sendo que “o ‘locus’ da prisão é concebido como lugar de perda da dignidade humana, onde as injustiças se agravam ainda mais pelas concepções estruturais, arquitetônicas e comportamentais do Sistema Penitenciário” (2009, p. 205-7).

Com efeito, percebe-se que o legislador, ao invés de preocupar-se em agir de modo efetivo no sentido de proporcionar a plena aplicação das legislações, bem como de viabilizar a eficácia dos órgãos incumbidos de tutelar pela proteção das relações familiares, lança-se a um clima de constantes reformas legislativas, ainda que bem intencionado, desviando-se cada vez mais da esperada concretude social. Tais reformas são importantes, mas são apenas o primeiro passo de uma longa caminhada na busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Concretizar esses direitos é um desafio imenso, ainda mais tendo em conta a realidade de nosso inepto sistema penitenciário, no qual, ao mesmo tempo em que se garante o direito fundamental de convivência familiar à essa específica população com o fito de preservar os vínculos com os seus genitores privados de liberdade, põe em xeque um tanto da integridade dos menores mediante os efeitos negativos que naquele contexto são sucedidos. Nessa linha, no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais, assume substancial relevância a harmonização com os valores da dignidade humana, fio condutor que estrutura toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria terminaria por esvair-se de sentido.

Dessarte, a eficácia do direito de convivência familiar no específico caso deste estudo, por se tratar de direito fundamental de cunho social, ainda carregado pelo seu caráter programático, dependerá de uma atuação sólida do Poder Público, através de políticas públicas de proteção social às famílias, além de outras medidas positivas que estabeleçam condições seguras e propícias ao recebimento de crianças e adolescentes no sistema penitenciário brasileiro e o seu integral atendimento, de maneira a efetivar, na prática, o convívio com seus genitores presos, protegendo os vínculos, sob o auspício do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se a necessidade de que o Estado e também a própria sociedade se debrucem sobre as problemáticas que envolvem o âmbito carcerário, especialmente no que concerne às relações familiares que ali são concebidas, as quais desempenham uma dinâmica muito particular. Pretende-se, com isso, produzir uma compreensão capaz de contribuir para que tais relações sejam efetivamente garantidas, jamais se olvidando que qualquer medida deve se coadunar com o melhor interesse do menor.

Imprescindível, com isso, reconhecer que não se trata de mera prestação estatal, mas do reconhecimento de obrigações coletivas, ou seja, de uma ingerência persistente da sociedade como um todo na proteção social do direito à convivência familiar, bem como dos demais direitos inerentes às crianças e adolescentes, buscando-se fortalecer a sua juridicidade dentro de um arranjo democrático.

Por fim, se tiver o presente trabalho logrado, de alguma forma, contribuir para elucidar os variados aspectos da problemática dos direitos fundamentais relacionados às crianças e adolescentes, servindo para provocar percepções e reflexões no que diz às particularidades aqui propostas, ainda pouco exploradas pela doutrina nacional, encerra-se, então, com o sentimento de missão cumprida.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARIÈS, Phillippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal, 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 01 jul. 2015.

_____. **Constituição Federal, 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança, 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 01 jul. 2015.

_____. **Lei nº 7.210, de 25 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus nº 107701, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 26/03/2012, p. 448-461. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 01 abri. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário nº 482.611, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 07/04/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Agravo de Execução Penal nº 70037224342, Sexta Câmara Criminal, Relator Mario Rocha Lopes Filho, 26 de agosto de 2010, Novo Hamburgo. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 01 abri. 2015.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Agravo de Execução Penal nº 70060973864, Terceira Câmara Criminal, Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, 24 de fevereiro de 2015, Jaguari. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 01 abri. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Ana Paula Motta Costa. Os direitos dos adolescentes no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, Rio de Janeiro, v.2, n. 24, p. 40-61, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4224/6363>. Acesso em: 20 jul. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHINETTO, Neidemar José. **A garantia do direito à convivência familiar e sua relação com as políticas públicas**: uma análise transdisciplinar. 2008, 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Rio Grande do Sul, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família:** guarda compartilha à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da criança e do adolescente**: comentários. Brasília: IBPS; Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** 1. ed. Barueri: Manoele, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentário à lei 7.210 de 11-7-84. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record: 2015.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. Crianças em ambiente penitenciário: uma análise da experiência brasileira. **Revista VoxJuris**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n. 1., p. 203-220, 2009. Disponível em: <http://www.laprev.ufscar.br/documentos/arquivos/artigos/2013-ormeno-maia-williams.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

SANTOS, Andréa Marília Vieira. Pais encarcerados: filhos invisíveis. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 26, n. 4, p. 594-603, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria gerais dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHILLING, Flávia; MIYASHIRO, Sandra Galdino. Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 34, n. 2 p. 243-254, mai/ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022008000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 mai. 2015.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Análise crítica: "insuficiência" teórico-conceitual dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.I], v. 105, p. 165-181, jan/dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67897/70505>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Mônica Ferreira; GUZZO, Raquel S. L. Presidiários: percepções e sentimentos acerca de sua condição paterna. **Rev Bras Crescimento Desenvolv Hum**, Campinas, v. 17, n. 3, p. 48-59, 2007. Disponível em: <www.revistas.usp.br/jhgd/article/download/19847/21920>. Acesso em: 21 ago. 2015.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey: 2001.

TORRES. Cláudia Regina Vaz. **A construção da identidade de crianças no sistema prisional.** In: XI Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais, 2011, Salvador. XI CONLAB 2011. Disponível em: <http://www.xiconlab.eventos.dype.com.br/resources/anais/3/1307918349_ARQUIVO_ACONSTRUCAODAIDENTIDADEDECRIANCASNOSISTEMAPRISIONAL_CLAUDIAVAZ12junho.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2015.

WINNICOTT, Donald. W. **A família e o desenvolvimento individual.** 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro Slokar. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro, 2006.