

**FACULDADE EVANGÉLICA RAÍZES
NATÁLIA LORRAYNE RAMOS SILVA**

VISITA ÍNTIMA

Anápolis/GO

2020

VISITA ÍNTIMA

A visita íntima embora positivada apenas em uma resolução do CNJ se mostra como uma política constitucional?

Projeto de monografia apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Evangélica Raízes, sob orientação do Professor Gabriel de Castro.

Anápolis/GO

2020

RESUMO

O presente trabalho se desenvolve na temática do direito de visita íntima do apenado e sua importância legal, na ótica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, o problema de pesquisa consiste em indagar a constitucionalidade da visita íntima no ordenamento jurídico, no prisma da Constituição Federal de 1988. Objetiva-se identificar e caracterizar a visita íntima, apurando seus aspectos técnicos na legislação e nos atos administrativos e jurisprudências que permeiam o comando constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Direito de Visita Íntima; Princípio da Dignidade Humana; Constitucionalidade da Visita Intima nos estabelecimentos prisionais.

ABSTRACT

The present work is developed on the subject of the “visiting right” of the convict and its legal importance, in the perspective of the constitutional principle of the dignity of the human person. Thus, the research problem consists of inquiring about a constitutionality of the intimate visit, without legal guidance, without the prism of the Federal Constitution of 1988. The objective is to identify and characterize an intimate visit, investigating its technical aspects in the legislation and in the administrative and legal acts that permeate constitutional command.

KEYWORDS: Right of Intimate Visit; Principle of Human Dignity; Constitutionality of the Intima Visit in prison establishments

INTRODUÇÃO

De forma geral, desde os primórdios quando o homem passou a viver em grupos sentiu-se a necessidade de regras de conduta e punições (penas), visando os indivíduos que se desviavam das condutas morais impostas pelos grupos sociais formados. A pena com sua finalidade de retribuição pelo mal causado e exposição daqueles que erraram para servir de exemplo para todo o grupo.

Posteriormente, a pena foi evoluindo e a condenação teve outros requisitos além da retribuição, passou a ter caráter preventivo voltado para ressocialização do apenado. Com isso, a execução da pena não poderia significar o fim dos vínculos afetivos e familiares dos encarcerados.

Nesse cenário, o presente trabalho desenvolve a temática do direito de visita íntima como instrumento jurídico constitucional ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o problema de pesquisa consiste na indagação: “A visita íntima embora positivada apenas em uma resolução do CNJ, se mostra como uma política constitucional?” tal problema se coloca na interpretação do princípio da dignidade humana e a visita íntima enquanto direito, relevante no ponto de vista jurídico, social e cultural. Pois, existem aqueles que defendem o instituto da visita íntima como meio juridicamente aceitável para que se mantenham o contato afetivo e o vínculo entre os cônjuges e demais familiares, partindo da ideia de que o isolamento afetivo e a castidade forçada são desumanizadores da pena.

Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa é analisar o direito de visita íntima em bases constitucionais, visando o princípio da dignidade humana, para sua caracterização enquanto direito e não como simples benefício, regalia dispensável. Identificar o direito de visita íntima por aspectos técnicos da legislação e dos atos administrativos que permeiam o comando constitucional.

1. TEORIAS DA PENA

Inicialmente, antes de adentrar as análises acerca do direito à visita íntima, cumpre destacar e debater as funções da punição, os fundamentos teóricos que justificam a aplicação da pena aos autores de condutas criminosas.

No decorrer da história, o fenômeno da punição passou por inúmeras mudanças. Principalmente a partir do século XVIII quando a cisão entre Estado e religião fez com que a punição deixasse de possuir caráter essencialmente religioso e passasse a se fundamentar na racionalidade (BITENCOURT, 2017).

Assim, em virtude da ausência de justificativa sobre a razão de se punir, torna-se necessário o desenvolvimento de uma nova explicação, que fosse

evidentemente racional e científica. Desse modo, para esclarecer os motivos pelos quais o Estado deve aplicar a punição, surge à necessidade de desenvolvimento de fundamentos teóricos, que visam sustentar a aplicação da sanção penal e o objetivo Estatal com a referida punição (BITENCOURT, 2017). Sendo assim, surge às teorias da pena, base de intervenção do direito penal, para apresentar uma possibilidade de solução ao problema da criminalidade, que atualmente nos termos do artigo 59 do Código Penal deverá:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Destarte, conforme estabelece à legislação, a pena é a consequência direta ao agente pela prática de uma conduta típica e ilícita, devendo o agente possuir culpabilidade e havendo ainda o elemento punibilidade para o regular exercício da punição, sendo assim reservada para todos que desrespeitam a legislação penal.

Pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou na restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada a sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2012, p.540)

O estudo sobre as finalidades da pena possibilitam a compreensão das três teorias da pena a serem abordadas no presente trabalho, que tem a finalidade de fundamentar e legitimar as razões estatais para o exercício da punição, sendo elas: a teoria absoluta de finalidade retributiva; a teoria relativa ou preventiva e a teoria mista, unificadora ou eclética.

A teoria absoluta a pena é uma maneira de retribuição ao criminoso pela conduta ilícita praticada, é a forma do Estado de punir o condenado lhe causando um prejuízo por suas atitudes que violaram as normas jurídicas e lesionaram os direitos de toda sociedade. De acordo com Haroldo Caetano da Silva (2002):

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração

penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma. (SILVA, 2002, p.35)

Diante disso, dentro da perspectiva absoluta ou retributiva não é promovida qualquer possibilidade de socialização do condenado.

Assim, a teoria absoluta da pena (ou teoria retributiva) visa explicar a necessidade da punição, em razão do objetivo estatal de reprimir o fenômeno criminoso apenas com a aplicação da punição pelo mal causado pela conduta do agente, buscando a reparação do direito não pelo atendimento à eventual da vítima da conduta criminosa, mas pela aplicação da pena contra o autor da ação delituosa. De modo, que para a teoria retributiva a função da punição seria tão somente a retribuição ao agente pela conduta ilícita praticada, com objetivo de reparação do direito por ele violado.

Em contrapartida, para teoria preventiva ou relativa, a pena deve ser o elemento pelo qual o crime deve ser prevenido. De maneira, que a aplicação da sanção penal fará com que o coletivo social, não queria praticar delitos, sob pena de punição (coação psicológica) e o indivíduo quando praticar o crime receba a sanção de forma a promover a sua ressocialização.

Dessa forma, para teoria relativa, possui pretensão diversa da teoria absoluta, uma vez que aplicação da punição tem o objetivo de prevenção de novos delitos, fundamentando o dever-direito de punir do Estado como um mecanismo capaz de evitar o crime:

A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: "nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar". Tanto para as teorias absolutas, como para as teorias relativas, a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as relativas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na finalidade, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos. (BITENCOURT, 2019, p.154)

Neste sentido, a ótica prevencionista estabelece a pena como o instrumento estatal legítimo capaz de desestimular o cometimento de futuros delitos. Sendo esta teoria dotada de dois aspectos, o primeiro chamado de prevenção especial, cujo intuito é convencer a coletividade que não é oportuno delinquir, uma vez que será punido, coagindo toda a coletividade a não violar o direito. E a outra vertente a especial, voltada para o agente violador da norma

que receberá a sanção de caráter ressocializador, que possui uma vertente negativa, consistente na proposta de neutralizar o agente, enquanto que, na vertente positiva o objetivo é reintegrar harmonicamente o agente a sociedade, nos termos do artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

A teoria relativista contribui com a preocupação com o delinquente, sendo o mesmo, sujeito de direitos fundamentais, buscando a reabilitação do condenado de forma harmônica com o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a sua inclinação para o recrudescimento penal deve ser destacada, uma vez que a intimidação (coaçoão psicológica) visada pela teoria a todo o coletivo social não possui condão de impedir a prática de condutas criminosas, fazendo com que cada vez mais condutas sejam criminalizadas e mais as penas sejam endurecidas (CARVALHO, 2013).

Por fim, a teoria mista, unificadora ou eclética, dispõe que tanto a retribuição ao condenado pela prática do delito, quanto como a função de prevenir a realização de novos delitos devem ser os objetivos da punição estatal, consistindo em uma combinação das teorias anteriores, com forma de destacar a função de punir e prevenir:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. (BITENCOURT, 2019, p.167)

As teorias mistas buscam um equilíbrio para justificar a pena, apoiando um direito penal ofensivo que respeite a dignidade da pessoa humana e atenda aos anseios da sociedade no que diz respeito segurança e a paz social. Contudo, em razão de reunir as teorias absolutas e relativas, as teorias mistas terminam também por reunir os seus defeitos, desvantagens e problemas.

2. DOS DIREITOS E DEVERES DO ENCARCERADO

O condenado e preso provisório ficam sujeitos ao cumprimento de obrigações oriundas da pena que lhes foi imposta na sentença penal condenatória. Certamente a principal obrigação (dever) atribuída ao preso é o cumprimento da pena, seja qual for à natureza.

A Lei de Execução Penal enumera em seus artigos 38 e 39 os deveres impostos ao condenado que caso violado ou desrespeitado ocasiona a aplicação de medidas disciplinares e prejudicam na concessão dos benefícios legais, como por exemplo: a progressão de regime:

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

- I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
 - II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
 - III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
 - IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
 - V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
 - VI - submissão à sanção disciplinar imposta;
 - VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;
 - VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
 - IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
 - X - conservação dos objetos de uso pessoal.
- Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo. (BRASIL, 1984, art. 39 LEP)

Ademais, além dos deveres a LEP também dispõe dos direitos do condenado.

É antiga a ideia de que os presos não têm ou no mínimo sectária pensar que não deveriam ter direito algum. Visto que, o encarcerado não perde sua cidadania, tampouco sua condição de ser humano, portanto de sujeito de direitos.

Nessa linha, cabe ao Estado promover e proteger durante a execução da pena todo o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Afinal, o crime não afasta do homem de sua dignidade, e por mais sórdido que possa parecer sua conduta criminosa, sendo o preso sempre um sujeito de direitos.

O criminoso é um homem como outro qualquer. No primeiro momento, sob o pavor dos grandes muros de pedra, com um guarda que nos mostra os indivíduos como se mostrasse as feras de um domador, a impressão é esmagadora. Vê-se o crime, a ação tremenda ou infame; não se vê o homem sem o movimento anormal, que pôs à margem da vida. Quando a gente se habitua a vê-los e a falar-lhes todo o dia, o terror desaparece. Há sempre dois homens em cada detento – o que cometeu o crime e o atual, o preso. (João do Rio – “versos de presos”, A alma encantadora das ruas, 1995, p. 153).

Institui a Lei de Execução Penal em seu artigo 41, um rol de direitos assegurados aos detentos:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

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

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

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

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

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

XI - chamamento nominal;

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

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

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

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

XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984, art. 41 LEP)

Assim, tanto quem está respondendo ao processo, quanto o condenado continua possuindo todos os direitos. O preso perde a liberdade, mas não deve perder sua condição humana, portanto, deve possuir o direito a um tratamento digno, conforme estabelece o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Fundamenta-se o direito de visitação na impossibilidade da ruptura dos laços afetivos que unem os presos aos seus familiares e amigos, visando o processo de reeducação para o posterior convívio social, e, portanto, com o próprio objetivo ressocializador da pena.

As visitas com os seus pertences deverão ser submetidas a revista pela segurança do presídio, para evitar a entrada de objetos que possam prejudicar a disciplina e segurança dos indivíduos.

Visto que a lei de execução penal também busca medidas que assegurem a reabilitação do condenado, é reservado aos detentos o direito da visita íntima assunto polêmico que vem sendo questionado desde a sua

inserção, escrito no respectivo artigo 41, inciso X da LEP: Artigo 41. Constituem direitos do preso: X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; (BRASIL, 1984, art. 41 LEP).

O direito reservado aos presidiários brasileiros à visita íntima foi regulamentado pela lei de execução penal (LEP) em 1984, mas, essas visitas aconteciam de maneira informal nos pátios das penitenciárias muito antes de sua normatização. Já dizia Nucci sobre o assunto antes do direito às visitas íntimas: “O direito à visita íntima não se encontra, ainda, previsto em lei, originando-se do costume adotado pelas direções dos presídios, de modo que não pode encontrar barreira justamente em critérios subjetivos, por vezes, preconceituosos.” (NUCCI, 2011, p. 995).

O preso, ao ser internado no estabelecimento prisional, deverá informar o nome da esposa ou companheira que fará as visitas íntimas. A visita deverá ocorrer em local reservado, não sendo permitida nas celas onde os presos cumprem a sua pena.

3. A VISITA ÍNTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Expressão “visita íntima” se trata do direito reservado aos presidiários a encontro privado com o cônjuge ou companheiro. No âmbito jurídico é um recurso regulamentado pela Lei de Execução Penal(LEP), anteriormente as visitas aconteciam de maneira informal através da montagem de barracas nos pátios das penitenciárias, que permitiam a essas pessoas um pouco de privacidade.

A princípio, este direito foi proporcionado apenas aos apenados do sexo masculino e somente ao fim da década de 1990, a visita íntima foi estendida às mulheres, por meio da Resolução nº 01, de 30 de março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária(CNPPC):

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

O ato administrativo de 1999 entrou em convergência ao princípio constitucional da isonomia, conforme *caput* do artigo 5º da Constituição Federal ao consagrar o direito à denominada “visita íntima” tanto para presos homens como para mulheres, recomendando aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos análogos que assegurassem este direito aos presos de ambos os sexos.

Por fim, o direito a visita íntima se expandiu aos adolescentes infratores por força da Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem atos infracionais. Assim, o *caput* do artigo 68 estabelece que “é assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima” (BRASIL, 2012).

A mesma resolução nº 01/99 da CNPCP, encarregou em seu artigo 7º que incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização.

A referida resolução, em seus artigos 3º e 4º, respectivamente, estabelece que cada unidade prisional deve assegurar ao preso o direito de visita, pelo menos, uma vez por mês, e que não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício. No entanto, essa resolução é apenas um ato administrativo que apesar de sua larga aplicação não se trata de uma espécie de lei em sentido estrito, mas, de uma recomendação, uma orientação de regras aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres.

Ademais, cumpre ressaltar acerca da existência do Decreto Federal nº6.049 de 27 de fevereiro de 2007, que em seu artigo 95 discorre sobre a visita íntima, destacando sua finalidade de fortalecer as relações familiares do preso. Posteriormente, o decreto foi regulamentado pelo Ministro de Estado da

Justiça na Portaria nº1.190, de 19 de junho de 2008, permitindo e regulamentando a visita íntima também no interior das penitenciárias federais.

A maior parte dos estabelecimentos prisionais permite a realização da visita íntima. Em que pese, parte da doutrina possa discordar acerca da visita íntima enquanto um direito do apenado, em razão deste não se encontrar expresso na Constituição Federal ou legislações de natureza penal e do mesmo “direito” ser desviado com o intuito da prática de novos crimes, como o comando de organização criminosa, tráfico de informações e a prostituição no recinto carcerário. Conforme assevera Nucci(2008) e Mirabete(2002):

O direito à visita íntima não se encontra, ainda, previsto em lei, originando-se do costume adotado pelas direções dos presídios, de modo que não pode encontrar barreira justamente em critérios subjetivos, por vezes, preconceituosos.(NUCCI, 2011, p.995)

Outra temática adotada seria a de se utilizar das visitas como moeda e troca, ou seja, as companhias de presos, se prostituírem no recinto carcerário para pagamento de dívidas de internos.(MIRABETE, 2002, p. 995)

Por outro lado, existem também posicionamentos doutrinários que interpretam a visita íntima como um verdadeiro direito do preso, a partir de uma interpretação decorrente ao princípio da dignidade humana. O professor Rogério Sanches(2017) aborda:

O contato com os familiares é fundamental para a ressocialização do preso. As Regras de Mandela estabelecem que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família, conforme apropriado para ambos(preceito 106). No tocante à chamada visita íntima, embora não exista previsão legal, a tendência moderna é considerá-la um direito do preso(e não uma regalia ou recompensa).(SANCHES, 2017)

A respeito da dignidade humana, cumpre destacar também as palavras de Sarlet(2012):

[...] temos por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.(SARLET, 2012, p. 73)

Assim, a dignidade humana pode ser compreendida por inúmeros direitos e deveres que devem ser garantidos pela atuação estatal.

Neste sentido, além da dignidade humana, a própria Constituição Federal garante também que a pena não deverá possuir caráter cruel (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”).

Por isso o princípio da humanidade da pena determina que o homem não pode e não deve ser tratado como meio, mas como fim, como pessoa. Ademais, para Mirabete (2002), aos condenados à pena privativa de liberdade deverão ser propiciadas as condições para uma existência digna, velando-se por sua vida, saúde e integridade física e moral (MIRABETE, 2002).

Desta forma, alguns doutrinadores abordam a visita íntima como um direito fundamental do encarcerado, visando todo o trabalho de recuperação este benefício seria responsável por um contato entre o apenado e o mundo exterior em que futuramente será reinserido.

Trata-se de um desdobramento natural decorrente da função de prevenção especial positiva atribuída à pena criminal, fundada na concepção de crime como anormalidade individual e na concepção de pena como tratamento curativo, que se traduz por meio da finalidade almejada de reeducar, reformar, corrigir, ressocializar, reinserir o indivíduo condenado ao meio social.

Um dos problemas mais discutidos hoje no direito penitenciário, a respeito do assunto, é a denominada visita conjugal, sexual ou íntima ao preso. Tem-se realçado que a abstinência sexual imposta pode originar graves danos à pessoa humana. Não se pode negar a existência da necessidade sexual, isto é, dos impulsos do instinto sexual, que se fazem sentir uma pessoa adulta normal. Grande parte dos autores voltados ao tema conclui que a abstinência sexual por período prolongado contribui para desequilibrar a pessoa, favorece condutas inadequadas, [...] pode tornar-se verdadeira obsessão para o preso e criar um clima tenso no estabelecimento penitenciário, originando graves distúrbios na vida prisional. (MIRABETE, 2002, p.121).

Portanto, a prática das visitas íntimas corresponde com a dignidade humana e com o princípio da humanidade da pena, se mostrando benéfica à disciplina dos presidiários, à manutenção de laços afetivo-familiares e, de maneira geral, à saúde física e mental dos encarcerados.

4. SOCIALIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO

O mecanismo de socialização reúne não apenas um indivíduo, mas a coletividade; uma soma que efetuará a distribuição das regras e valores às próximas gerações. Para Durkheim(1922) a educação é fundamental no processo ressocializador:

A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não se encontram preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina. (...) No homem [diferentemente do que acontece entre os animais], as aptidões de todo o gênero que a vida social pressupõe são muito complexas para (...) materializarem-se sob a forma de predisposições orgânicas. *Disso se depreende que elas não podem ser transmitidas de uma geração a outra por meio da hereditariedade. É pela educação que se faz a transmissão.*(DURKHEIM [1922], 1978, p. 41).

De acordo com o sociólogo, a educação constitui da ação desenvolvida entre gerações, transmitindo aos jovens um conjunto de "estados físicos, intelectuais e morais", exigidos por determinada sociedade em função da sua organização econômica, política, religiosa. Sendo que, toda a ideia e sentimento da lei e disciplina que o indivíduo tem, é instituída pela sociedade.

O processo de socialização é dividido em dois momentos, a socialização primária onde a criança aprende e interiorizar a linguagem, as regras básicas da sociedade e os modelos comportamentais do grupo a que pertence, é a construção de caráter do indivíduo; e a socialização secundária que se trata de todo e qualquer processo posterior que introduz um indivíduo já socializado em novos setores, do mundo objetivo da sua sociedade.

As noções de socialização primária e secundária colaboram na compreensão do mecanismo de ressocialização. Em conformidade com Baratta(1999), o cárcere surge como instrumento para criação de uma população criminosa, visto que, não cumpre a função principal de reeducação social. "O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa." (BARATTA,1999,p. 167).

O autor faz uma reflexão quanto à impossibilidade de os resultados do cárcere desaparecerem da vida futura do condenado, posto que, a realidade é diversa da sua reinserção.

O elemento realista é dado pela consciência de que, na maior parte dos casos, o problema que se coloca em relação ao detido não é,

propriamente, o de uma ressocialização ou de uma reeducação. Na base do atual movimento de reforma penitenciária se encontra, antes, a representação realista de que a população carcerária provém, na maior parte, de zonas de marginalização social, caracterizadas por defeitos que incidem já sobre a socialização primária na idade pré-escolar. Observando-se bem, o que parecia um simples matiz filológico na definição do fim do tratamento ("socialização" ou "ressocialização") revela ser uma mudança decisiva do seu conceito. Isto muda a relação entre a instituição carcerária e o complexo de instituições, privadas e públicas, prepostas para realizar a socialização e a instrução. O cárcere vem a fazer parte de um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos. O tratamento penitenciário e a assistência pós-penitenciária prevista pelas novas legislações são um setor altamente especializado deste continuum, dirigido a recuperar atrasos de socialização que prejudicam indivíduos marginalizados, assim como as escolas especiais tendem a recuperar os menores que se revelaram inadaptados à escola normal. Ambas são instituições especializadas para a integração de uma minoria de sujeitos desviantes.(BARATTA, 1999, p.169)

Baratta(1999) faz uma crítica ao processo de ressocialização e reeducação que deveria ser realizado nas prisões, uma vez que a população carcerária carrega falhas na sua socialização primária.

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que "a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir" e que "o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação".

Efeitos negativos sobre a personalidade e contrários ao fim educativo do tratamento têm, além disso, o regime de "privações", especialmente quanto às relações heterossexuais, não só diretamente, mas também indiretamente, através do modo em que os meios de satisfação das necessidades são distribuídos na comunidade carcerária, em conformidade com as relações informais de poder e de prepotência que a caracterizam.(BARATTA, 1999, p.184)

Nessa linha, percebe-se, que ao longo da história o cárcere jamais cumpriu as suas reais funções, a pena de encarceramento que deveria garantir ao delinquente oportunidade de reintegração na sociedade fere princípios constitucionais, e o sistema que necessita funcionar de acordo com a Lei de Execução Penal, é falho e causa sofrimentos por meio da aplicação de castigos cruéis pelos delitos cometidos, principalmente, em razão das condições materiais de cumprimento de pena.

Observa-se que a evolução da pena e sua aplicabilidade levam a uma perspectiva mais humanista, que tem o intuito de recuperar o infrator para

devolve-lo a sociedade de forma que reduzam os riscos de reincidência e efetuem a sua reintegração, para Baratta(1999):

Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.(BARATTA, 1999, p.186)

A abordagem que o autor faz mostra necessidade na reeducação em um primeiro momento da própria sociedade que o apenado vai se integrar. Pois, o mesmo já sofreu anteriormente a criminalização primária, logo, cabe à sociedade diminuir os efeitos da secundária, evitando o retorno do ex-presidiário a pratica de novos crimes e por fim, o retorno ao cárcere.

É notório o fato de que as notícias relacionadas a crimes, fugas e rebeliões tem espaço garantido na mídia, acarretando discussões e até mesmo repulsa da sociedade em relação aos apenados, tornando a reintegração social do preso árdua.

5. CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO A VISITA ÍNTIMA

A dignidade no sentido amplo é vista como prerrogativa imanente a cada ser humano de ter seus valores respeitados individualmente em meio as sociedades. Apresenta-se, como uma conquista da razão ético-jurídica e como princípio constitucional. Justamente na proteção daqueles que, encontram privado dos seus direitos fundamentais. Nesse contexto, Camargo (1994, p. 27/28):

Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

No que diz respeito ao sistema constitucional brasileiro, a Constituição Federal contemplou como fundamento da República, no artigo 1º, inciso III, o princípio a dignidade da pessoa humana como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, conforme se vê (BRASIL, 1988):

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Assim, além de um valor moral o princípio passou a ter um conteúdo jurídico, interferindo em todo ordenamento, até mesmo na possibilidade do preso em manter vínculos afetivos e sociais. É fundamental que, além da regulamentação respectiva, os estabelecimentos prisionais mantenham estreito acompanhamento da habilitação e efetiva realização das visitas. Conforme ANTONINI(1990), a ausência de vida afetiva, familiar e sexual mínimas tende a piorar a violência e a criminalidade nos presídios, colocando na risca não somente a vida digna, como também o direito à integridade física e moral do preso.

O referido direito em discussão não é apenas o momento em que o apenado pode ter um contato privado com a sua companheira, servindo de meio para a prática do necessário ato sexual, mas uma ligação com a vida que o mesmo possuía anteriormente, uma conexão com o mundo que pertencia, quer pertencer e pertencerá, mantendo seu contato com a família. Bitencourt e Baratta(2016, p. 602-603) apontam que:

[...] os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena. É utópico pretender ressocializar o delinquente; é impossível pretender a reincorporação do interno à sociedade por intermédio da pena privativa de liberdade, quando, de fato, existe uma relação de exclusão entre a prisão e a sociedade. (BITENCOURT e BARATTA, 2016, p. 602-603).

No entanto, não se pode ignorar a questão da atividade sexual no que se refere à saúde física e psíquica dos apenados, devendo-se a dificuldade do referido assunto, como afirma Simone de Alcântara Savazzoni (2010, p. 425), “quer porque o sexo ainda seja tratado como tabu ou por ser considerado secundário em meio a outras consequências negativas da pena de prisão na vida de alguém”.

As soluções mais conservadoras para o problema sexual partem da concepção de que tal problema não existe. Segerem que o Estado, adotando medidas como uma boa política de higiene, trabalho e exercício físico impedirá o surgimento de qualquer ansiedade do tipo sexual ou de práticas sexuais desviadas. Evidentemente que todas essas medidas são importantes, mas são insuficientes para extinguir o problema sexual, podendo, no máximo reduzi-lo. [...] o instinto sexual e a necessidade de expressá-lo são diferentes das atividades físicas, intelectuais, culturais e esportivas. Aliás, essas atividades, em vez de eliminar as manifestações sexuais, podem estimulá-las, ao melhorar o estado geral de saúde do organismo. A aplicação de um critério rigoroso que pretenda reprimir o instinto sexual contrasta com o que a experiência comprova: pessoas com pouco apetite sexual carecem de uma destacada capacidade criadora, além de que a manutenção de relações sexuais até idades avançadas contribui significativamente para a conservação de um estado físico satisfatório (BITENCOURT, 2011, p. 213).

Assim, a prática das visitas íntimas possui harmonia com o princípio da dignidade humana e, por isso, é benéfica à disciplina dos presídios. Nessa mesma ótica, Nucci (2010, p. 994) entende que a visita íntima é um direito que se coaduna com os imperativos da dignidade humana, pois, não somente incentiva a ressocialização como inibe a violência sexual entre os condenados.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, precedeu reconhecendo a visita íntima como direito legítimo e fundamentado no princípio da dignidade humana, chegando a distanciar a existência de crime em um caso no qual o preso subornou o carcereiro para ter um encontro íntimo na sua cela:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, adequado é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. VISITAS ÍNTIMAS – OPORTUNIDADE – CARCEREIRO – RECEBIMENTO DE VALOR. Ante o fato de a visita íntima compor o gênero “acesso a familiares”, estando ligada a um direito do reeducando a ser proporcionado pelo Estado, e de não ter o carcereiro, entre as funções a serem exercidas, a definição do momento, descabe cogitar dos crimes de corrupção ativa e passiva. (HC 106300, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 02-05-2013 PUBLIC 03-05-2013).

No parecer do Supremo Tribunal Federal, se o Estado estivesse resguardando a integridade moral do preso, proporcionando lugar para exercer o direito à visita íntima e respeitando o princípio da dignidade humana, a circunstância do contato afetivo no interior da cela não teria ocorrido.

A visita íntima primeiramente deve ser interpretada como um direito, amparado pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Execuções Penais, além do princípio primordial da dignidade da pessoa humana e de outros que deste derivam. Vale ressaltar a lição de Mirabete, que afirma:

Embora em muitas legislações a visita íntima seja considerada como recompensa ou regalia, limitada e gradativa, e concedida apenas aos sentenciados de ótimo comportamento, a tendência moderna é a de considerá-la como um direito [...]. É um direito limitado por não ser expresso na lei como um direito absoluto e sofrer uma espécie de restrições tanto com relação às pessoas, como às condições que devem ser impostas por motivos morais, de segurança e de boa ordem do estabelecimento. Essa é a posição da visita sexual na lei de execução brasileira. O preso tem direito à visita do cônjuge ou companheira (art. 41, X) e o contato íntimo está entre os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º), porém é limitado, já que pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do direito do estabelecimento (art. 41, parágrafo único). (2018, p. 121)

Ademais, dada à devida importância, não se deve tratar de um assunto tão sensível como uma regalia, com total desrespeito às questões humanas fundamentais. E, não obstante, mesmo que sejam tão claras, vale ressaltar o que rege a Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, e o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 38. A constituição traz consigo a seguinte premissa fundamental(BRASIL, 1988):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Já o CP em seu artigo 38 dispõe que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”. No entanto, o que mais se destaca no meio social é o senso comum, e, ao invés da teoria da pena alcançar uma constante evolução, em busca de uma reeducação, a procura pelo retrocesso fala mais alto, de forma que certos setores sociais defendem penas cruéis e violentas para aqueles que cometem o delito.

A doutrina e a jurisprudência evoluem propícias à concessão da visita íntima, tendo em vista que a questão sexual é um dos problemas que afetam a rotina das prisões. Longe de seu ambiente familiar e social, “o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras próprias impostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou

envolver-se voluntariamente ou sob coação”, em práticas que coloquem em risco a segurança, saúde e liberdade sua e dos demais apenados(LEAL, 2000). Sobre dignidade humana e visita íntima, tem-se o seguinte:

“A dignidade da pessoa humana nas precisas lições de Rogério Greco “é um princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade, etc.(...)”. A dignidade da pessoa humana protege toda e qualquer pessoa, inclusive, a vida intra-uterina, devendo todos, sem distinção de raça, cor, sexo, idade, condições socioeconômicas e estado civil, do ser humano mais cruel e frio ao mais bondoso serem tratados com respeito aos seus direitos fundamentais, com garantias de condições mínimas para o exercício de uma vida digna e respeito às diferenças de cada um. A visita íntima estaria amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana? Entendemos que sim, na medida em que o desejo sexual é natural e inerente a todo ser humano. A sua abstinência pode causar aflição, sofrimento psicológico e emocional, além de atos de violência nos detentos, inclusive, a ausência de visitas íntimas ou a proibição destas é um dos principais motivos de estupros ocorridos em celas no Brasil.

Desse modo, a visita íntima vem se consolidando compatível com a Constituição Federal de 1988, que não a veda, bem como permite interpretações sob o princípio da dignidade humana em seus traços sobre a ressocialização do preso; proteção à intimidade, privacidade e integridade física, psicológica e moral dos parceiros sexuais como obrigação do Estado e da Sociedade; respeito aos limites da sentença condenatória; promoção dos laços afetivos familiares entre as pessoas e, de proteção à saúde mental e física através de vida sexual mínima.

Por fim, diante da interpretação sistemática, como deve ser quando se trata de Constituição, o todo é pautado pelo Estado democrático, que não pode operar em prejuízo da dignidade da pessoa humana do preso, de seus parceiros sexuais e de suas famílias. Apesar de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais (DALLARI, 2002, p. 08). Assim, a Constituição de 1988 traz em seu corpo vários princípios e normas que garantem ao preso sua plena dignidade de pessoa humana, não ficando obstatada o direito de visita íntima, retirando à promoção de penas e execuções sem visões desarrazoadas e desproporcionais que representem uma ruptura afetiva, familiar e sexual.

CONCLUSÃO

Em resposta ao objetivo geral, o presente trabalho buscou analisar o direito de visita íntima e sua constitucionalidade no viés do princípio da dignidade humana para sua caracterização como um direito essencial aos encarcerados e não uma regalia.

Ademais, buscou identificar o direito de visita íntima em um aspecto técnico da legislação e dos atos administrativos que abordam o comando constitucional, bem como por meio de resoluções e entendimentos jurisprudenciais. Por meio de pesquisas bibliográficas, leituras e pesquisas para percepção do problema e suas respostas no direito constitucional.

A visão doutrinária tem reconhecido de fato que a possibilidade de receber visita dos seus parentes, tal como, o encontro íntimo com seu/sua cônjuge ou companheira (o), proporciona ao preso à oportunidade de realizar a prática segura e digna do ato sexual. Nessa ótica, o contato íntimo é benéfico dentro e fora dos presídios, que além de colaborar com a ressocialização, influenciam na disciplina e humanização dos ambientes penitenciários.

Em breve síntese, a doutrina vem demonstrando a visita íntima como instituto em construção e compatível com a leitura da Constituição Federal de 1988, que não a proíbe. Por fim, a visita íntima é exercida com frequência nos estabelecimentos prisionais, apesar da sua regulamentação ser frágil e possuir pontos controversos, além de demonstrar interpretações embasadas no princípio da dignidade humana dentro do direito de visita íntima, nos aspectos ligados a ressocialização do apenado; e; proteção à intimidade, privacidade e integridade física psicológica e moral dentro da execução penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARROJA, Sonia Regina. **Manual direitos do preso**. São Paulo, Instituto terra, trabalho e cidadania, 2015. *Artigo online*, Disponível em: > http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2015/09/manual_direitos_dos_presos.pdf < acesso em: 5 nov. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, introdução a sociologia do direito penal. 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora REVAN, 1999.

BEZERRA, Juliana. Processo de Socialização. *Artigo online*, revisado em 30/10/19 Toda Matéria: conteúdos escolares. Disponível em:> <https://www.todamateria.com.br/processo-de-socializacao/>< acesso em: 10 mar 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1 Parte Geral** 25ª edição, 2019.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Institui a lei de execução penal. Brasília, 11 de julho de 1984; 163º da Independência e 96º da República.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 01, DE 30 DE MARÇO DE 1999. **Assegurando o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais**. Publicada no DO de 05.04.99, Seção 1.

BRASIL. **LEI Nº 12.594, DE 18 DE JANEIRO DE 2012**. Brasília, 18 de janeiro de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

BRASIL, **DECRETO Nº 6.049, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2007**. Brasília, 27 de fevereiro de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRIERI, Bernardo. Dos Direitos do Preso. Artigo Publicado em jun de

2019. Disponível em ><https://jus.com.br/artigos/75550/direitos-do-presos-direitos-do-detento> < acesso em: 2 nov.2019

DALLARI, Dalmo Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002.

DURKHEIM. Émile. **Educação e sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

FOUREAUX, Rodrigo. **A visita íntima em estabelecimentos prisionais militares**. Recanto das Letras. 2012. Disponível em <http://recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790>. Acesso em mai de 2020.

LEAL, Paulo Cesar de Barros. **Um direito do preso: visita íntima**. *Revista Jurídica Consulex nº 41*, Brasília, maio de 2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado-Parte Geral-vol.1**, 6ª edição, São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9ª Edição. São Paulo: Atlas. 2002.

MORAES, Andréia de Souza. **A Finalidade Da Prisão Privativa De Liberdade**. Edição: 1, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIO, João do. **A ALMA ENCANTADORA DAS RUAS**. Volume 12 de Clássicos Hiperliteratura, Editora Obliq, 1908.

SANCHES. Rogério. **Lei de Execução Penal para Concursos**. 6ª edição. Salvador: Editora JusPodium. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. rev. atual. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual de Execução Penal**. 2^o edição,
Campinas: Editora Bookseller, 2002.

