

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO PESSIGATO TUFIK RANGEL

**A APLICAÇÃO DA VISITA ÍNTIMA SEXUAL COMO
MECANISMO DE REINSERÇÃO SOCIAL DO APENADO EM
PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS COMO PRESSUPOSTO
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

VITÓRIA

2018

LEONARDO PESSIGATO TUFIK RANGEL

**A APLICAÇÃO DA VISITA ÍNTIMA SEXUAL COMO
MECANISMO DE REINSERÇÃO SOCIAL DO APENADO EM
PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS COMO PRESSUPOSTO
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito, orientado pelo prof. Dr. Gustavo Senna.

VITÓRIA

2018

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	03
1 NOTAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONCEITO E CONCRETUDE SOBRE O PRINCÍPIO/VALOR QUE É SUSTENTÁCULO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	05
1.1 A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO FILOSÓFICO DE IMANUELL KANT PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	05
1.2 PERSPECTIVA RETÓRICA SOBRE A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA BASEADA NA TEORIA DO FILÓSOFO DO DIREITO JOÃO MAURÍCIO ADEODATO.....	07
1.3 NOÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: POR UMA BUSCA E CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	09
1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO E VALOR DA CARTA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA BRASILEIRA DE 1998.....	11
2 NOTAS SOBRE A TEORIA DA PENA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS SUAS FUNÇÕES, AS TEORIAS RETRIBUTIVAS, AS TEORIAS PREVENTIVAS, UNIFICADAS E AGNÓSTICA DA PENA.....	14
3 O RESPEITO À VISITA ÍNTIMA COMO UM DIREITO DO APENADO BUSCANDO A REINSERÇÃO SOCIAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGISLAÇÕES INFRALEGAIS.....	25
4 PONTO NEVRÁLGICO: A VIOLAÇÃO AO DIREITO À VISITA ÍNTIMA, DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NÃO CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS DELCARADOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FRENTE A IMPORTÂNCIA DESTES PARA A REINSERÇÃO SOCIAL DO APENADO NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS.....	31
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O direito à visita íntima dentro das penitenciárias brasileiras é expresso no art. 41, inciso X, da Lei nº 7.210/84, a chamada Lei de Execuções Penais – “LEP”. Todavia, sob o prisma do senso comum e entendimento de alguns autores e juristas, o exercício deste referido direito seria adequado dentro das penitenciárias.

O DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), dificultando a prática das visitas íntimas dentro dos presídios através da Portaria nº 327, afirma que "a visita com contato físico e encontro íntimo tem sido utilizada como meio eficaz de difusão de mensagens entre presos e familiares, servindo como ferramenta de coordenação e execução de ordens para beneficiar organizações criminosas"¹.

A controvérsia entre essas duas interpretações gera uma grande discussão, observando-se o âmbito dos direitos humanos, garantidos constitucionalmente e a questão valorativa e moral ao observar-se a condição do indivíduo dado como criminoso. A problemática do tema encontra-se no desrespeito aos direitos dos presidiários, em função de sua condição. Seria o direito a visita íntima uma regalia, ou o mesmo deveria ser tratado como um direito assegurado por uma norma positivada?

Pelo prisma da função da execução penal (Lei nº 7.210/84), à luz do Princípio da Reeducação, seu escopo é de tornar efetivo o cumprimento da sentença penal de condenação ao réu, como também a reinserção social do apenado. Esta não tem como objetivo restringir todos os direitos do indivíduo (e nem poderia), e com isso extraí-lo da sociedade, mas sim procurar medidas para reintegrá-lo dentro do meio social.

Não obstante, o direito de visita do cônjuge poderá ser suspenso ou restringido pelo diretor da penitenciária. Antes da data de publicação da LEP, as práticas destas visitas íntimas ocorriam de modo completamente desestruturado, por meio da armação de barracas em determinados lugares das penitenciárias, pois não havia devida estrutura para se garantir a mesma.

¹ <http://www.justica.gov.br/news/suspensao-de-visitas-intimas-no-sistema-penitenciario-federal-e-prorrogada-por-30-dias>

Assim, algumas penitenciárias brasileiras, para autorizar a prática da visita íntima sexual, exige tanto do apenado quanto da companheira exames médicos anteriores ao exercício da mesma, para verificar o estado de saúde que se encontram, além da demonstração de documentos que visem comprovar que ambos são casados ou mantem algum relacionamento.

O reconhecimento da importância da visita íntima sexual para saúde mental dos detentos é mundialmente considerado, tanto quanto debatida, vide a enormidade de artigos tratando sobre o mesmo. Países como Israel, Canadá, Chile, México, Austrália, Dinamarca, França, Irlanda, também asseguram o direito à visita íntima aos apenados. Pelo direito e o mundo, historicamente, serem machistas, originariamente o referido direito à visita íntima sexual foi apenas tratado para apenados do sexo masculino. Após, evoluindo, por respeito ao direito fundamental de isonomia e o devido espaço da mulher, foi também concedido às mulheres, aos jovens infratores e aos homossexuais.

Assim sendo, como se demonstrará no decorrer deste presente excerto, o direito à visita íntima sexual deve ser assegurado ao apenado, visto que se baseia em princípio constitucional, e não pode ser suprimido por mera alegação que este serve para deturpar o escopo do cumprimento da pena restritiva de direito e nem por arbítrio de alguns.

Posto isso, a proposta desse excerto tem o seguinte desiderato: pela ótica da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição e do Estado Democrático de Direito brasileiro, do direito internacional e do Direito Penal e as funções declaradas e ocultas da pena, como o exercício devido da visita íntima sexual nas penitenciárias brasileiras e suas peculiaridades, qual seja o sexo entre o (a) apenado (a) e o (a) companheiro (a) pode auxiliar para que aquele alcance a reintegração social?

1 NOTAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONCEITO E CONCRETUDE SOBRE O PRINCÍPIO/VALOR QUE É SUSTENTÁCULO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO FILOSÓFICO DE IMANUELL KANT PARA A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O filósofo prussiano Immanuel Kant, um dos maiores pensadores da época moderna, em muito influenciou no conceito de dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar, é claro, que o conceito de dignidade da pessoa hoje usado pela doutrina e jurisprudência não se esgotou na teoria do mesmo, mas foi por muito influenciada. Explico melhor.

Kant, com o seu influente pensamento, não apenas construiu uma ideia robusta sobre a questão Moral, mas também, por muito, influenciou no âmbito do Direito.

Não obstante, na lição do brilhante autor Ingo Wolfgang Sarlet, o mesmo diz que:

[...] é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação de dignidade da pessoa humana. Até que ponto, contudo, tal concepção efetivamente poderá ser adotada sem reservas ou ajustes na atual quadra da evolução social, econômica e jurídica constitui, sem dúvida, desafio fascinante. (2006, p.34)

Como qualquer outra teoria, apesar de não ser o objeto do presente tópico, Kant sofre críticas pontuais por sua teoria de dignidade humana ter densa carga antropocêntrica, uma vez que afirma ser uma questão tão somente humana a possibilidade de se ter dignidade. Não obstante, crítica pertinente aponta Ingo Sarlet ao citar a importância de Kant para o pensamento moderno, todavia diz que:

Poder-se-á afirmar – apenas para não deixar intocado este ponto – que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função da sua

racionalidade (...) ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. (2006, p.34)

E continua:

Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade. (2006, p.34-35)

Considerando as referidas ilações, pode-se notar que a dignidade, para Kant, é a característica fundamental que se pode diferenciar os seres humanos de outros seres quaisquer.

Para tanto, é de se observar na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que Kant traça uma reflexão daquilo que vem ou não a ser dignidade, fazendo comparação com aquilo que se pode ter um preço, como questões antagônicas. E é nessa esteira que afirma o seguinte:

[...] quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vês dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade". (2007, p. 77)

Em seu texto *Doutrina da Virtude*, o filósofo prussiano coloca o “ser humano como um agente moral, um ser dotado de autonomia e, por essa razão, em situação hierárquica superior aos demais seres criados”.²

Vicente de Paulo Barreto diz que o conceito de dignidade humana tem o núcleo que circunda por sete conceitos que se relacionam, como “ser racional, homo noumenom, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade”.³

² BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*, 2ª edição.rev.amp., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 71

³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*, 2ª edição.rev.amp., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 71

Não de forma excludente, pois todos os sete conceitos, interligados logicamente, formam a ideia de dignidade humana, mas entende-se que o princípio chave da ideia de dignidade humana, para Kant, é o da autonomia da vontade. São ideias interligadas, inerentes. Como dito anteriormente, o que não possui um determinado preço, conseqüentemente tem dignidade.

Autonomia da vontade significa uma certa discricionariedade de se proceder de acordo com a concepção de determinadas leis, o que se justifica pelo fato do ser humano, em si, ser racional e possuir, no seu interior, suas vontades.

George Salomão Leite, citando Kant, afirma que:

[...] somente a dignidade do homem, como a natureza racional, sem considerar nenhum outro fim ou proveito a conseguir por ela, isto é, só o respeito por uma mera ideia, deve servir, sem embargo, de imprescindível preceito da vontade, e precisamente nesta independência, que desliga a máxima de todos os móveis semelhantes, consiste sua sublimidade e faz a todo sujeito racional digno de ser membro legislador no reino dos fins, pois de outro modo teria que representar-se somente como submetido à lei natural de suas necessidades. (2011, p. 499-500)

1.2 PERSPECTIVA RETÓRICA SOBRE A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA BASEADA NA TEORIA DO FILÓSOFO DO DIREITO JOÃO MAURÍCIO ADEODATO

Em sede conceitual, num primeiro momento, nos valeremos da perspectiva retórica acerca do referido princípio. Antes de se adentrar as peculiaridades conceituais, João Maurício Adeodato faz a seguinte ressalva:

A noção dessa dignidade foi construída, pelo menos na cultura ocidental europeia, da qual o Brasil constitui uma das periferias, a partir da síntese colocada pelo jusnaturalismo, a filosofia de direito natural. Esta se baseia na ideia de que a dignidade da pessoa humana, a fonte dos direitos subjetivos, é um princípio externo e superior a todo e qualquer direito positivo, ou seja, na concepção de que há certos conteúdos normativos que valem por si mesmos, independentemente daquilo que os detentores circunstanciais de poder político e jurídico pretendam determinar como direito positivo. (2010. p. 32)

Entretanto, apesar da construção da noção de dignidade da pessoa humana, segundo o mesmo, partir de uma síntese posta pelo ideal jusnaturalista, afirma que:

[...] é ilusório e disfuncional um conceito de fundamento ético, direitos subjetivos, direitos humanos ou **dignidade da pessoa humana**, que esteja fora do direito positivo e a ele superior. É fruto daquele mesmo engano de achar que o direito natural é o direito “do bem”, pois insurge-se contra o direito positivo, enquanto este é o direito submisso ao “mal”, aos poderosos de plantão. Parece preferível uma sociedade de celerados tementes à lei, como diria Kant, a uma sociedade de santos que viram a luz, pois estes só seguem a luz que descobriram. (2010. p. 34)

No que tange o ideal de direito positivo dogmático, o princípio da dignidade da pessoa humana, numa democracia viabilizada por aquele⁴, tem por base a igualdade radical entre os seres humanos, como disseram Rousseau e Kant, assim como na concepção do homem como fim em si mesmo.⁵

No que tange a visão retórica sobre a dignidade da pessoa humana, numa visão positiva desta, o autor diz que ela pressupõe uma “preparação espiritual”, condição necessária à teoria,⁶ uma vez que elenca algumas premissas, quais sejam: ética relativamente cética, igualdade jurídico-política entre todos, democracia e uma ética da tolerância.

Sobre a ética relativamente cética, diz-se que “não aquele ceticismo suicida de aceitar toda e qualquer postura axiológica, mas um ceticismo saudável, pirrônico, imune aos discursos ontológicos, verdadeiros, impostos de cima para baixo pelas grandes soluções”⁷

⁴ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁵ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36

⁶ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

⁷ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45

Ainda, propõe-se que a dignidade da pessoa humana busca igualdade jurídico política entre todos, ninguém é melhor do que ninguém, todos devem falar e todos devem ser ouvidos. E acrescenta:

[...] demanda respeito pela histórica de cada um, pois a igualdade constitui um norte retórico, um topos que a vida de cada pessoa se encarrega de individualizar, ideia muito diferente daquela que a igualdade matemática quer exprimir. A igualdade é um problema jurídico-político exatamente porque os seres humanos não são iguais em suas potencialidades genéticas, em suas oportunidades na vida e nem no encontro com o acaso. (2010. p. 45)

Não obstante, há uma visão positiva da dignidade da pessoa humana que pressupõe a democracia, uma vez que:

[...] positivismo e democracia nasceram juntos na modernidade e permanecem indissoluvelmente ligados. Sim, pois o que é a legitimidade por meio do voto e da delegação de poderes senão abdicar de normas e conteúdos previamente estabelecidos e assumir que tudo é discutível e mutável? Claro que o conceito e daí o exercício da democracia permanecem problemáticos, bastando mencionar a discussão sobre cláusulas pétreas e o direito de maiorias presentes limitarem maiorias futuras. (2010. p. 45)

E, por fim, mas não menos importante, tem-se a questão da ética da tolerância, que o referido autor afirma que:

[...] a dignidade da pessoa humana, livre das imposições de um direito válido por sua própria "natureza", exige uma **ética da tolerância**, já que todos são juridicamente iguais, já que estão todos em um só espaço público e que não têm a mesma visão de mundo, é preciso ser tolerante para com aqueles que pensam diferentemente. (2010. p. 45)

1.3 NOÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: POR UMA BUSCA E CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é, sem dúvidas, consolidado como uma base de sustentação da carta constitucional republicana de 1988. Entretanto, por mais que, juridicamente, vários estudos foram se consolidando sobre o referido princípio, filosoficamente não houve evolução proporcional, o que faz que o princípio, ora em discussão, caia em completa imprecisão quando há (ou não) de ser usado, sem

praticamente nenhum parâmetro ou precisão. É de costume ser usado o princípio ora em voga de forma indiscriminada, para se defender uma tese de forma absurdamente abrangente.

Na lição de Vicente de Paulo Barretto, o motivo se dá pelo fato de que:

[...] essa pouca elaboração teórica tem a ver com o fato de que a palavra não é um conceito propriamente jurídico. Para que se torne um conceito jurídico, a ideia de dignidade humana, como escreve Edelman, necessita uma história que irá lhe definir o seu espaço próprio. O mesmo aconteceu com outros conceitos jurídicos que evoluíram de sua acepção original e se adensaram juridicamente. Tome-se, por exemplo, o conceito de “pessoa” que se constituiu na filosofia kantiana, no liberalismo econômico e no pensamento político de Rousseau para chegar à noção jurídica de “pessoa”, que se torna válida juridicamente por pressupor os conceitos de “capacidade”, “de autonomia da vontade” e de “responsabilidade”. (2013, p. 63)

Consoante considerações feitas, percebe-se como é complexa uma efetiva definição precisa do que vem a ser dignidade da pessoa humana, tanto quanto delimitar sua esfera de proteção enquanto norma essencial. Tal embaraço se dá pelo fato dos contornos do referido conceito jurídico-filosófico-constitucional ser marcado por enorme incerteza, obscuridade, ambivalência, confusão, o que faz com que quem lida com o mesmo fique totalmente sem um norte, dispensando esforços, às vezes, ineficazes de aclamação.

Ingo Sarlet, por sua vez, justifica tal fato pelo seguinte prisma:

A despeito das dificuldades, verifica-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência – especialmente para o efeito da “construção” de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, concretizando minimamente o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. [...] a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, [...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais, embora sempre em diálogo com os impulsos vindos da sociedade. (2011, p. 565)

Mas, é importante salientar que o princípio que fundamenta o presente excerto, apesar de ter contornos imprecisos no que tange a sua conceituação, por se mostrar amplamente abstrato, o que leva os operadores, quais sejam, do direito a usar o

argumento para várias teses, seja de forma positiva ou negativa, no plano prático se demonstra um valor significativamente concreto, pois na atividade jurídica sabemos identificar momentos em que o mesmo se demonstra efetivamente violado, ainda que não possamos conceituar de forma exaustiva o referido valor. É tanto que só pode ser identificado uma violação à dignidade da pessoa humana de forma concreta, pois não se pode violar algo genérico, especulativo.

O período posterior à 2ª Guerra mundial foi primordial para a consolidação, no direito, do princípio da dignidade da pessoa humana como uma vertente jurídica, pois o mesmo possui antecedente meramente filosófico, mais especificamente numa esteira ocidental, historicamente falando.

Diante disso, o brilhante autor Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra intitulada Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, buscou dar contornos precisos ao referido princípio, abordando as diversas facetas que este possa ter. Sendo assim, o mesmo diz que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que 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 a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2006, p. 60)

1.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO E VALOR DA CARTA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA BRASILEIRA DE 1998

No que tange o nosso sistema constitucional brasileiro, a Constituição introduziu em nossos mandamentos a dignidade da pessoa humana como sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Veja-se:

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.

Não obstante, não se esgotou só no rol do artigo 1º, uma vez que, no artigo 170 da mesma carta, diz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Também, no artigo art. 227 da CF fiz que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. E, por fim, sem querer esgotar o tema, o artigo 230 da CF assevera que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Essencialmente, pode-se afirmar que os outros direitos do ser humano, necessariamente, estão ligados à questão da dignidade da pessoa humana, que se ponham para fora dos direitos meramente individuais. No que tange aos direitos fundamentais, assegurados na carta republicada constitucional, encaminham-se paralelamente ao advento de convicções legais como a de humanidade.

Como bem reflete Vicente de Paulo Barretto, a dignidade, do prisma jurídico:

[...] pode ser pensada como um dever e um encargo. [...] Isso significa que não se pode abrir mão da dignidade que nos é atribuída, [...] pela nossa condição nativa. Em outras palavras, a dignidade é um respeito que se deve antes de tudo a si mesmo. Por essa razão, ninguém pode se submeter voluntariamente à violência ou desrespeitar-se. [...] O que se encontra em discussão são os próprios limites impostos pela dignidade humana ao exercício da liberdade individual. (2013, p. 76)

Um belo exemplo disso é o clássico exemplo do anão. A própria constituição lhe dá livre iniciativa para optar pelo trabalho que deseja exercer, como visto no art. 1º, IV, CF. Sendo assim, na França, em um determinado local, havia um entretenimento com anões que erram arremessados em longas distâncias, sendo esta uma disputa para

ver quem conseguia alcançar o maior arremesso destes. O chefe do executivo local intercedeu na prática entendendo que aquele entretenimento violava a dignidade humana dos anões.

Sem a pretensão de ser repetitivo e nem de esgotar o tema, lição particular nos dá Ingo Sarlet, quando brilhantemente assevera que:

A dignidade da pessoa humana, revela particular importância prática da constatação de que ela é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa) ou prestacional (positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida a condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo dos direitos fundamentais [...] (2018, p. 270)

Trata-se, pois, de princípio-valor fundamental do Estado democrático de Direito, como opção legislativa ao não incluir na seara dos Direitos e Garantias Fundamentais, servindo àquele de sustentáculo para estes. A discussão do seu status jurídico e normativo é importante, mas não se pode querer esgotar o referido princípio. Denota-se, isso, quando percebemos na Carta Maior brasileira que o princípio se opera tanto como princípio tanto quanto regra. Vejamos:

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:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Daí se extrai uma regra que fixa seu valor no princípio da dignidade da pessoa humana, como se vem fundamentando em argumentos supra.

2 NOTAS SOBRE A TEORIA DA PENA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS SUAS FUNÇÕES, AS TEORIAS RETRIBUTIVAS, AS TEORIAS PREVENTIVAS, UNIFICADAS E AGNÓSTICA DA PENA

O direito penal se sustenta a partir dos discursos de justificação da pena. Então a pergunta central da teoria da pena seria a seguinte: por que punir? Quais são as razões que sustentam os discursos de justificação da pena?

A teoria da pena, na verdade, se propõe a fundamentar o próprio direito penal. Então, o direito penal se sustenta a partir dos discursos de justificação da pena de modo que justificar a pena, significa justificar a própria existência do Direito Penal como um todo. Basicamente, precisa-se compreender que a pena se sustenta, no ponto de vista antropológico, pela vingança ou pela necessidade do sacrifício.

Historicamente, a pena foi se modificando, apresentando justificações políticas. Toda pena funciona a partir de uma justificação e de uma sustentação política. Então, podemos dizer que a política criminal nada mais é, segundo Cirino (2014, p.423), do que o programa “oficial de controle do crime e da criminalidade, é concebido basicamente a partir de um sistema normativo que define crimes, estabelece as penas e estabelece também os princípios para aplicação dessas penas”. Segundo Nilo Batista, trata-se de política criminal o seguinte:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal”. (2011, p. 33)

Observa-se que nos países periféricos, subdesenvolvidos, a política criminal se resume ao exercício do poder punitivo do estado. Portanto, como se criar crimes e aplicar penas seriam necessariamente os caminhos adequados para o controle, para o combate da criminalidade, sendo que nos países avançados a política social também engloba aquilo que nós chamamos como política criminal. Juarez Cirino dos Santos assevera que:

No Brasil e nos países periféricos, a política criminal do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma política criminal positiva do Estado existe, de fato, como mera política penal negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal (2014, p. 423)

Então, a política criminal seria uma parte da política social, de modo que saúde, educação, lazer, trabalho, ou seja, o combate à pobreza seriam também formas de controle de combate à criminalidade. Portanto, o controle do crime não estaria restrito ao exercício do poder punitivo do Estado, basicamente a legitimação dada pelas teorias da pena pelos discursos de justificação oficial desta sustentam as manifestações do Poder punitivo de modo que eu tenho, de um lado, os discursos oficiais de justificação, portanto como os discursos declarados daquilo que o sistema penal declara como suas funções, suas missões oficiais e aquilo que o direito penal, na verdade, encobre, que seriam as funções ocultas, aquilo que o direito penal não disse que vai realizar mas que efetivamente realiza na prática⁸.

Historicamente, o discurso oficial de justificação da pena criminal nasce com a perspectiva clássica do Direito Penal, resumidamente a escola clássica do Direito Penal, que acredita que o crime seria um ente jurídico, porque ele é uma violação/ataque aos valores éticos-sociais que estariam consolidados consensualmente no contrato social. Na verdade, é justamente esse indivíduo que viola o contrato social, viola o pacto. Portanto, vai se transformar no inimigo, no traidor desse contrato social⁹. A responsabilidade penal está fundada na culpabilidade, na ideia de livre arbítrio, ou seja, nós somos livres para escolher entre o bem e o mal e, se optamos por realizar necessariamente o mal, merecemos a reprimenda, então seria a liberdade o fundamento da responsabilidade penal¹⁰. Impõe-se a pena a alguém

⁸ SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 424.

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 31.

¹⁰ SANTOS, op. cit., p. 426, nota 4.

porque esse sujeito é culpável, é livre para escolher entre o bem e o mal, e escolheu em realizar o mal.

E a pena, portanto, cumpre uma missão basicamente de retribuição. Uma das primeiras teorias de justificação da pena é a chamada TEORIA RETRIBUTIVA, que seria a ideia mais básica que a pena serve para castigar, ou seja, a imposição de um sofrimento a quem produziu o sofrimento. Então ao mal do crime eu vou corresponder com o mal da pena. Segundo o ilustre autor Alessandro Baratta, caracteriza-se esta pelo seguinte:

[...] a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela escola clássica não tanto como meio para interferir o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. (2011, p.31)

Um marco teórico da teoria retributiva da pena é o filósofo Immanuel Kant, a qual serve de base para todos nós, e o mesmo afirmava, data vênica, o seguinte: “há uma lei moral da razão que é o imperativo categórico, que é o fato que devemos agir de modo a que nossa conduta possa se transformar numa lei universal. Então, “não faça aos outros aquilo que gostaria que fizessem a ti mesmo”¹¹ e, portanto, o crime seria violação à essa lei moral que o referido filósofo prega”¹². E pena, então, nada mais é que a retribuição, a negação da suposta violação dessa lei moral. Segundo Eugênio Raul Zaffaroni, a pena em Kant:

[...] não é difícil admitir que em sua construção a pena tinha uma finalidade, que era a efetivação da vingança, como defesa ou sustentação do estado civil, único em que o imperativo categórico pode ser respeitado. Por isso, a teoria kantiana da pena, longe de ser uma teoria absoluta por concebê-la

¹¹ MATEUS, 7:12. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/>>. Acesso em: 9 nov. 2018

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

como fim em si mesma, é a mais radical das teorias da defesa social, de vez que a vingança talional é condição imediata do estado civil, fora do qual o ser humano não seria respeitado como fim em si mesmo. Esta condição era apriorística, ou melhor, não aceitava nenhuma prova empírica em contrário, porquanto se concluía que justamente para isto se constituiu o estado civil, contra o qual não se admitia direito de resistência. (2011, p. 523)

Sem a finalidade de esgotar o tema, mas evoluindo em relação ao que fora anteriormente afirmado, tem-se a teoria retributiva proposta Georg Wilhelm Friedrich Hegel. HEGEL, na contramão de Kant, vai trabalhar uma perspectiva da Retribuição sob o prisma jurídico. O crime, agora, é a negação da lei, sendo então a pena a negação do crime e, portanto, a afirmação da Lei.¹³

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

HEGEL (1770- 1831) define crime como negação do direito e pena como negação do crime - portanto, como reafirmação do direito - e considera a justiça retributiva a única digna do ser humano: criticou a teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833) porque não tratava o homem como ser "dotado de honra e liberdade", mas como um cão ameaçado com um bastão. (2014, p. 426)

Sendo assim, tem-se uma retribuição também equivalente àquilo que fora praticado pelo indivíduo, no momento em que a prática de crime é a transgressão das leis pré-estabelecidas pelo soberano, pelo poder estatal. A pena é, justamente, a ratificação legal, pois ela vai negar a prática do delito. Assim, essa função retributiva deita raízes no período do classicismo, em meados do século XVIII, e há influências hodiernamente. Está expresso no artigo 59 do nosso código penal brasileiro¹⁴, na medida em que nosso legislador, in abstracto, afirma que o Estado-Juiz define a aplicação da pena, em concreto, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação do crime. Através disso se deduz o que fora afirmado anteriormente, parte-se de uma ideia de reprovação como uma retribuição correspondente.

Agora, sob outros prismas, diferente perspectiva teórica que também está ligada ao pensamento clássico é a ideia de que a pena alcança uma função de prevenção do crime, sendo esta num fundamento geral. Cirino (2014, p. 430) afirma que esta tem

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 426

¹⁴ "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"

como “ função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna”. Portanto, através da aplicação da pena, conseguir-se-ia prevenir o empreendimento de novos crimes. Dentro da teoria de prevenção do crime, tem-se a sua subdivisão em prevenção negativa e prevenção positiva.

A prevenção geral negativa, podemos dizer, é pautada na ideia de constrangimento penal. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p.430), esta referida teoria se “expressa na célebre teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775- 1833): o Estado espera que a ameaça da pena desestimule pessoas de praticarem crimes” ou, de forma mais clara, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo¹⁵.

Zaffaroni, ao explicar a teoria da prevenção geral negativa, tece alguns comentários sobre um dos percursos da mesma, o autor alemão Feuerbach, afirmando que este:

Tentou aprofundar a diferença entre moral e direito, para poder conceber a pena com um fim prático, mas sem que o imperativo categórico o obstasse. Por essa razão, construiu sua teoria da pena como coação psicológica, com o que tampouco conseguiu resolver a contradição, ocasião em que foi objeto de inúmeras críticas. (2011, p. 525)

A prevenção geral negativa seria justamente, então, a ideia de que a pena funciona como uma coação psicológica, uma espécie de intimidação psíquica, seja pela previsão em abstrato da pena, seja pela própria aplicação concreta do castigo¹⁶. Então, a pena serve como uma intimidação, na medida em que ela se estabelece como um exemplo para que outras pessoas não venham repetir aquele comportamento.

Segundo a perspectiva teórica do Direito Penal, dentro dos discursos de justificação oficial do Direito Penal, existe a denominada prevenção geral positiva, que diz respeito a ideia de que a pena serve para defender o corpo social a qual estamos inseridos,

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 117. v.1.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

para reforçar a confiança na ordem social, para garantir a coesão do grupo¹⁷, “sem escopo de convencer pela intimidação da pena, e sim como valor simbólico, produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)”¹⁸.

Há diferentes vertentes da supracitada teoria da pena. Dentre elas, podemos destacar, sem querer esgotar o assunto, uma vertente de caráter eticizado e, outra, sistêmica. Segundo Zaffaroni:

Em sua versão eticizada (cujo modelo é de Welzel), a) reforçam simbolicamente internacionalizações valorativas do sujeito não delinquente para b) conservar e fortalecer os valores éticos-sociais elementares em face de c) ações que lesionam bens e se encaminham contra esses valores (alguns atenuam o primeiro requisito até quase anulá-lo), as quais devem ser respondidas na medida necessária para obter esse reforço (que pode limitar-se como retribuição à culpabilidade eticizada). Em sua versão sistêmica (cujo modelo é Jakobs), elas a) pretendem reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social (criar consenso), a fim de que b) este possa superar a c) desnormalização provocada pelo conflito d) ao qual deve responder a pena, na medida necessária para obter o reequilíbrio do sistema. (2011, p. 116)

Está presente, por exemplo, no autor contratualista chamado Hobbes, que afirmava que “os direitos surgiam apenas como criação do estado civil e qualquer reação contra o mesmo era insuportável, [...] pois por pior que seja um estado civil, será sempre melhor que a selvageria”¹⁹. Também está presente no sociólogo Durkheim, que afirma que a pena serve para reforçar a consciência coletiva, ou seja, a coesão do grupo em torno de valores que são compartilhados, pois é integrante de toda sociedade sã.²⁰

A partir do século XIX, com a escola positiva, que basicamente promove uma mudança no entendimento da questão criminal, tem-se várias modificações que são importantes. O crime não vai ser visto mais unicamente como um ente jurídico, como

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 430.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121. v.1

¹⁹ Ibidem, p. 520.

²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 60.

era para Carrara um ente juridicamente qualificado²¹, mas ele vai ser visto também, como algo natural²². Não obstante, segundo Baratta (2011, p. 38), Lombroso vinha a afirmar a tese do delito ser “um ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária”. Sendo assim, a escola positiva acredita numa premissa que condutas são más em si mesmo, portanto estariam na natureza das coisas. O autor criminólogo positivista. Rafaelle Garófalo, acreditava que o cometimento de um delito provocava a transgressão de certos sentimentos de honestidade, piedade e probidade por exemplo²³. Segundo Baratta, a afirmação anterior segue uma lógica sobre os delitos naturais, que são:

[...] aqueles contra os quais toda a sociedade civilizada se defende, porque exprimem um notável egoísmo, e atentam contra valores e interesses percebidos como universais na consciência de todos os cidadãos normais. (2011, p. 117)

Nessa esteira, o criminoso passa a ser visto como alguém degenerado, possuidor de uma certa patologia, que é biológica, psíquica, social, portanto a escola positiva trabalha a partir dos determinismos rígidos, sejam eles biológicos psicológicos ou até mesmo sociais²⁴. Por lógica, é claro, há o entendimento que esses fatores todos afetam a sociedade, então podemos salientar que uma “determinada ordem, sem crimes, seria o bem, e o cometimento de um determinado crime, o mal”²⁵. Então a chamada a ideologia do bem e do mal é que sustenta o ponto de vista do positivismo. Segundo Baratta (2011, p.42), o delito seria um “dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem”.

²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 38.

²² Ibidem, p. 38.

²³ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 314

²⁴ BARATTA, op. cit., p. 39, nota 17.

²⁵ Ibidem, p. 42.

Nessa mesma escola positiva, influenciado de certa forma por Lombroso, mas indo além, temos Enrico Ferri. Segundo Anítua, Ferri:

[...] compatibilizaria a versão naturalista lombrosiana com a ideia de defesa social que tomava emprestada de Romagnosi. [...] a pena, para este, é uma repressão necessária para defender o organismo social, não contra decisões a-sociais, mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos. O delito era simplesmente o sintoma, o fato que revela a personalidade perigosa. O recurso à pena teria como objetivo exatamente transformar essa personalidade. (2007, p. 311)

Há, então, para Ferri, não mais a noção de culpabilidade, de uma responsabilidade moral, como pregava a escola clássica, mas sim uma questão de periculosidade daquele delinquente, mais tarde sofisticada por Garófolo²⁶. Novamente, nos valendo das lições de Anítua, temos que Ferri:

Propunha, de fato, substituir a categoria “clássica” de responsabilidade moral pela “positiva” de responsabilidade social. O delito não podia imputar-se, segundo ele, a um ato de livre vontade, mas sim a um comportamento individual concreto e “causado”: a reação lógica da sociedade será, mirando o futuro, a de impedi-lo. Essa reação será uma medida de legítima defesa tanto depois de um comportamento delitivo quanto também antes dele, para o qual Ferri proporia os “substitutivos penais” e as “medidas” pré-delituais. Todas elas não teriam somente um valor para a sociedade ao excluir, mas também pretenderiam incluir, através do tratamento curativo ou reeducador. Isso dependeria do “tipo” de autor, e não do fato, e também do tratamento considerado mais idôneo. Daí se deduziria a duração do castigo, a qual, para a sua maior comprovação, tenderia à pena indeterminada (2007, p. 313)

O referido autor, “inventor” da questão da periculosidade, defendia a composição da Justiça Criminal por médicos e psiquiatras, pois estes seriam capazes então de avaliar essa periculosidade social do indivíduo²⁷ e, partindo-se dessa constatação, se irrecuperáveis, defende-se uma “eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por uma disfunção”²⁸. Assim, segundo Zaffaroni (2011, p. 127), “em geral, [...]

²⁶ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 314.

²⁷ Ibidem, p.314.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 116. v.1.

quando as ideologias “RE” fracassam ou são descartadas, apela-se pela neutralização ou eliminação”.

Há, no entanto, criminosos que seriam readaptáveis, então a pena funciona como uma forma de transformação moral do indivíduo, que o Zaffaroni vai chamar de ideologia “RE”, reinserção, ressocialização, recuperação²⁹. Então todas essas ideologias de tratamento e de cura seriam consequência dessa nova forma de compreensão do crime, do criminoso e da responsabilidade penal, que é a pena como tratamento, as chamadas criminologias correcionalistas³⁰, que segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p.428), “realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário - seg outra fórmula antiga: punitur, ne peccetur”. Tem-se a ideia de que através do trabalho, por exemplo, o indivíduo pudesse se reintegrar³¹, não satisfizesse o fato da pena, segundo Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer (2017, p.164), ser “ilusionista ao fingir tentar reintegrar o egresso à mesma sociedade que o despejou”.

Doravante, temos as teorias unificadas, que são basicamente as teorias presentes em grande parte das legislações penais, são as teorias então que vão fundir as duas perspectivas, a perspectiva retributiva e a perspectiva preventiva. Segundo Zaffaroni (2011, p. 140), o insucesso de “todas as teorias [...] levou ao desejo de procurar a saída do atoleiro através da conjugação de funções diversas e incompatíveis”. São teorias completamente antagônicas, de completa incoerência referente aos fins de cada uma, chegando ao ponto de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 152) afirma que há tal discrepância “sobre onde ocorre a disfuncionalidade ou antinomia fundamental, se entre retribuição (culpabilidade) e prevenção ou entre prevenção geral e prevenção especial”.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 115. v.1 .

³⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 428.

³¹ GENELHÚ, Ricardo. SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 164.

A Constituição Federativa de 1988, por exemplo, é silenciosa em torno de uma função específica para pena, mas o nosso código penal e a LEP (Lei de Execução Penal) trabalham a partir da perspectiva RETRIBUTIVA-PREVENTIVA³². Então nós temos as diversas formas de prevenção que nós analisamos presentes na nossa legislação e a legislação penal no artigo 59 diz exatamente que o juiz do momento da fixação da pena tem que levar em consideração aquilo que seria necessário e suficiente³³ tanto para retribuir quanto para prevenir. Então, de alguma forma, os juízes sustentam o seu raciocínio intelectual no momento da aplicação da pena nessas crenças, nas crenças de que as funções da pena efetivamente se realizam, se cumprem na prática³⁴, e a partir disso pode-se fazer um necessário discurso crítico da teoria da pena pela criminológica crítica. Partindo-se, então, desta afirmação, brilhante crítica fez o ilustre autor Eugênio Raul Zaffaroni, afirmando que:

Semelhante equivocidade discursiva conduz à arbitrariedade, pois implica propor aos operadores judiciais que assumam a decisão que bem lhes aprouver, racionalizando-a, depois, com a teoria de função manifesta que pareça mais adequada ao caso. Desta maneira, é possível impor em qualquer caso o máximo ou mínimo da escala penal, pois se a culpabilidade pelo ato não for adequada á racionalização da pena que se pretende impor – aquela que já foi decidida – sempre se poderá apelar para a culpabilidade de autor ou para a periculosidade; e se a prevenção especial não for útil, poder-se-á chegar à geral etc. As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em casa caso. Não se trata de uma solução jurídico penal, mas de uma entrega do direito penal à arbitrariedade e da conseqüente renúncia à sua função mais importante. (2011, p. 141)

Tem-se, então, a chamada TEORIA AGNÓSTICA da pena, formulada pelo Raul Zaffaroni. Parte-se da seguinte premissa: existe uma tensão entre o modelo ideal de estado de polícia, que “sua decisão é lei, [...] sendo que a submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo”³⁵, se caracterizando por ser uma “justiça substancialista, pois pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica, [...] um direito transpersonalista, paternalista, considera que deve castigar e ensinar a seus

³² ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 112. v.1.

³³ Cf. nota 10 deste capítulo.

³⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 141, nota 28.

³⁵ Ibidem, p. 93.

súditos, ante suas próprias ações autolesivas”³⁶ Sendo assim, não existe um fundamento jurídico para a pena, mas apenas um fundamento político, que é a guerra³⁷. Segundo o autor Eugenio Raul Zaffaroni (2011, p.109), afirmando que Tobias Barreto já apregoava isso no século XIX, vale-se da ilação deste então, a qual tinha entendimento que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas sim político”. O ilustre penalista afirmava, ainda, que “quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”³⁸.

E, por outro lado, tem-se o estado de direito, que se caracteriza pelo seu escopo democrático, no qual, segundo Zaffaroni (2011, p.93), o “bom ou possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes”. Ainda, na linha do mesmo autor (2011, p.94), este “pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental. Assim, deve-se respeitar todos os seres humanos por igual”. Partindo-se de um prisma meramente científico, a referida teoria negativa “é, antes e acima de tudo, uma teoria negativa das funções declaradas ou manifestas da pena criminal, expressas no discurso oficial de retribuição e de prevenção geral e especial”³⁹.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

Do ponto de vista político-criminal, a teoria negativa/agnóstica da pena tem por objetivo ampliar a segurança jurídica de todos os habitantes mediante redução do poder punitivo do estado de polícia e correspondente ampliação do estado de direito, pelo reforço do poder de decisão das agências jurídicas - fundado em conceito ôntico limitador do sistema punitivo -, capazes de limitar, mas incapazes de suprimir o estado de polícia, cujo poder maior transcenderia a pena criminal para vigiar, registrar e controlar ideias, movimentos e dissidências.

O objetivo de conter o poder punitivo do estado de polícia intrínseco em todo estado de direito, proposto pela teoria negativa/agnóstica da pena criminal - produzida pela inteligência criativa de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e de

³⁶ Ibidem, p. 94.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 109. v.1.

³⁸ Ibidem, p. 109.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral I**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 436.

NILO BATISTA, comprometidos com a democratização do sistema punitivo na periferia do sistema político- econômico globalizado -, justifica a teoria negativa/agnóstica da pena criminal como teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, credenciada para influenciar projetos de política criminal e a prática jurídico-penal na América Latina. Afinal, definir pena como ato de poder político, atribuir à pena o mesmo fundamento jurídico da guerra e rejeitar como falsas as funções manifestas ou declaradas da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de lei e ordem do poder punitivo. (2014, p. 437)

3 O RESPEITO À VISITA ÍNTIMA COMO UM DIREITO DO APENADO BUSCANDO A REINSERÇÃO SOCIAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGISLAÇÕES INFRALEGAIS

A questão da visita íntima em penitenciárias brasileiras nos traz a imprescindibilidade de se fazer, por óbvio, uma interpretação à luz da Carta Republicana de 1988 e, claro, aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos perante às disposições infraconstitucionais que regem o presente objeto em baila.

Sendo assim, as disposições mais importantes sobre as visitas íntimas são as previstas na Lei de Execução Penal, conhecida como LEP, mais especificamente em seu artigo 41. Este rege que:

Art. 41 - Constituem **direitos** do preso:

(...)

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

Entende-se que o que não for restrição taxativamente expressa, é direito do preso. Consideração importante e garantista faz Renato Marcão, quando assevera que:

Direito, é certo, que deverá ser interpretado tomando-se por base sua condição de pessoa humana, ainda que sujeita às restrições permitidas no ordenamento jurídico. É preciso ter lógica e coerência na interpretação das regras proibitivas, seja para impedir ou permitir a prática de determinada conduta. (2009, p. 33)

Após considerações supra, é válido demonstrar que esses direitos do preso garantido por legislações infraconstitucionais devem se pautar tanto na Lex Mater de 1988, quanto em tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Fundamentando tal afirmação, Flávia Piovesan afirma que:

[...] a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração das normas vinculadas ao direito internacional dos direitos humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica brasileira. (2016, p.110)

Sobre os tratados internacionais de direitos humanos e a sua relação com a Constituição Federal de 1988, brilhante explanação tem Nelson Camatta Moreira, quando afirma que:

O enfoque que se dá, portanto, à questão dos tratados internacionais de direitos humanos serve de base para a afirmação da necessidade de uma nova hermenêutica jurídica capaz de contribuir para a *abertura de uma clareira* (no sentido heideggeriano) na dogmática jurídica brasileira, com o intuito de redimensioná-la e adequá-la ao projeto de transformação, respeitando-se as limitações do campo jurídico, da realidade social brasileira, tendo em vista que a figura dos tratados de direitos humanos expande as possibilidades jurídicas da afirmação de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro – ao lado da democracia –, os direitos fundamentais. O enfoque deste capítulo não é a afirmação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir deste novo ramo do Direito Internacional – Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) – em si, mas a relação deste com o ordenamento jurídico interno brasileiro, a partir, especialmente, das perspectivas abertas pela Constituição Federal de 1988 (mais especificamente pelo §2º, do art. 5º) e as possibilidades hermenêuticas geradas com esses textos. (2012, p. 82)

A partir dessa premissa, serão apontadas disposições internacionais que regem tanto sobre direitos humanos quanto disposições que permitem assegurar maior dignidade aos presos em todo o mundo.

A primeira disposição são as denominadas Regras de Mandela. O Brasil foi um dos países que participou efetivamente da sua elaboração, e é válido salientar que é signatário da mesma.

Contato com o mundo exterior

Regra 58

1. Os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, de comunicarem se periodicamente com seus familiares e amigos, periodicamente:

[...]

b - por meio de visitas.

2. Onde forem permitidas as visitas conjugais, este direito deve ser garantido sem discriminação, e as mulheres presas exercerão este direito nas mesmas bases que os homens. Devem ser instaurados procedimentos, e locais devem ser disponibilizados, de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando se a segurança e a dignidade.

Dado tratado tem, no âmbito do STF, eficácia paralisante, uma vez que tem o condão de paralisar qualquer lei ordinária ou complementar, ou seja, pode paralisar a eficácia de qualquer norma que seja infralegal. Nesse sentido, é importante o seguinte julgado, que assevera o seguinte:

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. [RE 466.343, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.]

No mesmo sentido, nos valem, também, das denominadas Regras de Bangkok.

Vemos então as Regras de Bangkok

8. Contato com o mundo exterior

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

[...]

39. Os reclusos devem ser mantidos regularmente informados das notícias mais importantes através da leitura de jornais, periódicos ou publicações penitenciárias especiais através de transmissões de rádio, conferências ou quaisquer outros meios semelhantes, autorizados ou controlados pela administração.

Regra 26

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis **o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais.** Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em **instituições distantes de seus locais de residência.**

Regra 27

Onde visitas íntimas forem permitidas, mulheres presas terão acesso a este direito do mesmo modo que os homens.

Em que se pese alegações simplistas formais de que o Brasil não ratificou formalmente algumas dessas convenções, podemos nos valer das regras previstas na Convenção Interamericana para prevenir e punir atos de tortura. Sendo assim:

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção

[...] no sentido de **que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanas ou degradantes;**

Reafirmando que **todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, ou desumanas ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violatórios aos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem**

ARTIGO 1

Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.

ARTIGO 2

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

ARTIGO 3

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;

ARTIGO 4

O fato de haver agido por ordens superiores não eximirá da responsabilidade penal correspondente.

ARTIGO 5

Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

ARTIGO 6

Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.

Os Estados Partes segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.

Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

Então, qualquer tipo de lei, portaria e não observância do direito de o preso ter garantida sua visita íntima, tais medidas são conflitantes com mandamentos constitucionais e de tratados internacionais sobre direitos humanos. Pode-se, inclusive, enquadrar-se como violações graves a ponto de configurar ilícito internacional de tortura, prevista nos tipos do artigo 7º do Estatuto de Roma, a qual compete o Tribunal Internacional julgar o mesmo. Tais violações de regras de caráter humanitário, constituem violação imediata da Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, e se a alegação for estado de conflito interno, a violação é mais grave, ao invés de justificar, atrai a incidência do Estatuto de Roma em seu artigo 7º.

Estamos diante de uma situação delicada, onde não se pode retirar do preso a oportunidade, por mera discricionariedade e, por muitas vezes, arbítrio, o direito de ter contato com seus familiares, visita íntima com seu cônjuge, companheiro. A pena, independente do seu regime, já causa dor suficiente no mesmo, não tendo o Estado

o Direito de restringir o mesmo na sua esfera familiar, afetiva. O único direito restringido, quando há pena, é o de ir e vir, que por si só já é suficientemente doloroso. Nos valendo das premissas regidas no Pacto de San José da Costa Rica, temos que:

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.
- [...]
5. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Se o objeto declarado da pena privativa de liberdade é (res)socializar, não há porque violar direitos tão humanos. Presos são humanos, possuem, em sua maioria, família. Privá-lo de ver a mãe, pai, filhos e de suas visitas íntimas, significa violar o princípio da individualização da pena, transferir a dor para outros entes queridos.

Muitas das visitas íntimas, apesar de ser de direito amplamente garantido, tanto em disposições infra legais, constitucionais e internacionais, são vetadas com o argumento esdrúxulo de que a visita íntima está servindo para fomentar a criminalidade. O DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), ao tornar mais difícil a autorização das visitas íntimas dentro dos presídios através da Portaria nº 327, afirma que "a visita com contato físico e encontro íntimo tem sido utilizada como meio eficaz de difusão de mensagens entre presos e familiares, servindo como ferramenta de coordenação e execução de ordens para beneficiar organizações criminosas".⁴⁰ A referida portaria é mais um sinal evidente que o Estado Penal faliu em todos os sentidos, voltar a culpa de sua (in)eficiência para aquele que está ali, por muitas vezes, pela omissão daquele. Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer, de forma acertada, alegam que:

⁴⁰ BRASIL. Portaria nº 327, de 29 de junho de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, p. 54.

Funcionalmente, porém, não podemos dizer que a prisão de hoje é um avanço do modelo prisional que a antecedeu. Também não podemos afirmar que as técnicas prisionais originais foram abandonadas e abolidas. O mais prudente é acreditar que a tecnologia prisional atual nada mais tem feito que acumular historicamente todos os fracassos da sua antecessora. Juntar com seus próprios defeitos, frustrações e conveniências. [...] Por meio de uma atualização ratificante e aprofundante ela também inventou sadicamente novos experimentos que foram se sedimentando com o tempo. Desde que assumiu seu posto ela vem aperfeiçoando a sua própria falência mediante a reavaliação de todas as suas estratégias prisionais ultrapassadas e falidas. Reusando-as diária e teimosamente em um nível compulsório de sofrimento que as invejaria o mais tirano dos suseranos. Isso significa que as prisões atuais continuam servindo como armazéns. (2017. P. 113)

4 PONTO NEVRÁLGICO: A VIOLAÇÃO AO DIREITO À VISITA ÍNTIMA, DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NÃO CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS DECLARADOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FRENTE A IMPORTÂNCIA DESTES PARA A REINserÇÃO SOCIAL DO APENADO NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Diante de todas as formulações teóricas feitas no decorrer deste excerto, tem-se como desiderato tratá-las, agora, de forma concatenada. Explico melhor:

Conquanto seja evidente que a atividade sexual é um meio para se equilibrar a condição psicológica de um indivíduo, hodiernamente, nas penitenciárias brasileiras, verdadeiros campos de concentração, e o carente repertório de decisões que tratem o tema, apontam que se dá menos importância do que se deveria para um tema de tamanha sensibilidade, ainda mais em tempos de luta por efetivação de garantias constitucionais.

A visita íntima deve ser interpretada como um direito, em primeiro lugar, amparado pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Execuções Penais⁴¹, além do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e de outros que deste derivam.

⁴¹ MIRABETE, Fabbrini Julio; FABBRINI, N. Renato. **Execução penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 121.

A Lei de Execução Penal, mais conhecida como “LEP”, dedica-se no que tange o direito do reeducando nos presídios brasileiros, e visa sua possível reinserção social. Adota-se, no referido diploma legal (LEP), o método de progressão, que se traduz na transição de regimes de cumprimento de pena, em regra, do fechado (mais grave) para o aberto, com a condição de preencher as formalidades legais.

A quem se cumpre uma pena privativa de liberdade, os direitos destes estão afirmados no artigo 41 do diploma supracitado. Adentrando-se ao objeto do presente excerto, o inciso X do art. 41 da LEP, conjectura:

Art. 41. Constituem direitos do preso:

[...]

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

Assim, em sede doutrinária, vale-se 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)

Ainda vale ressaltar a devida importância de não se tratar de um assunto tão sensível como uma regalia⁴², com total desrespeito às questões humanas fundamentais. E, não obstante, mesma que sejam tão claras, vale lembrar o que rege a Constituição Federal, carta maior de um país, em seu artigo 5º, II, segunda parte e o Código Penal

⁴² FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. Visita íntima: direito do preso. **Boletim dos Procuradores da República**, São Paulo, v. 2, n. 15, p. 26-28., jul. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18980>. Acesso em: 9 nov. 2018. “A LEP, nada obstante avançada, progressista e liberal, não elencou, dentre os direitos do preso, a possibilidade de realizar o encontro sexual nas dependências dos presídios, com o cônjuge ou companheiro, porque é da natureza da privação da liberdade física, enquanto encerrado o indivíduo em cárceres, a perda da continuidade de coabitação e da manutenção do relacionamento amoroso-sexual, necessariamente prejudicado com a separação do casal”.

Brasileiro, em seu artigo 38. A constituição traz consigo a seguinte premissa fundamental:

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;

O código penal brasileiro rege o seguinte:

Art. 38 - 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

Assim, ao tratar da questão referente à pena, o autor Rogério Greco (2018, p. 585) traz a seguinte observação de que esta nada mais é que a: “consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”.

Assim, ao incorrer o indivíduo à prática de um ou mais fatos considerados criminosos, o Estado tira de si “direitos e bens jurídicos”, simploriamente. Todavia, esta não pode se dar com um aspecto meramente vingativo⁴³, mas atende ao que se preceitua o Código Penal Brasileiro e a sua Lei de execuções penais, deve ter como desiderato a retribuição e prevenção do crime⁴⁴, empenhando-se de forma, além dessas finalidades declaradas, possa reintegrar o apenado à sociedade.

Assim, como assevera Paulo Busato (2017, p.737), a pena possui um fundamento “ético, uma razão de justiça, referida à retribuição, [...] em atenção à realização de uma política de evitação de novos delitos” no qual, também, é óbvio, que as “pretensões de realização do justo e do útil se sobreporiam”

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 425

⁴⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018. p. 589.

Nesse diapasão, Greco faz a seguinte ponderação:

[...] a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. Denota-se aqui o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, soprando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. (2018, p. 49)

É de se lamentar, no entanto, que a voz que grita mais alto no seio social é a do senso comum, e, ao invés da teoria da pena alcançar uma constante evolução, os anseios pelo retrocesso falam mais alto, de forma certos setores sociais defendem penas cruéis e violentas para aqueles que cometem fatos delituosos. Nessa esteira, o mestre Rogério Greco defende o seguinte:

O sistema de penas, infelizmente, não caminha numa escala ascendente, na qual os exemplos do passado deviam servir tão somente para que não mais fossem repetidos. A sociedade, amedrontada com a elevação do índice de criminalidade, induzida pelos políticos oportunistas, cada vez mais apregoa a criação de penas cruéis, tais como a castração, nos casos de crimes de estupro, por exemplo, ou mesmo a pena de morte. [...] ainda hoje, países que se dizem desenvolvidos e cultos, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, aplicam a pena capital sob diversas formas (cadeira elétrica, injeção letal etc.) (2018, p. 588)

Entretanto, a devida (res)socialização não é um fim facilmente alcançado, uma vez que, como afirma o ilustre autor Cezar Roberto Bitencourt:

[...] a estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a (res)socialização. O sistema penal, como a escola, desintegra os socialmente frágeis e os marginalizados. (2016, p. 602)

E continua:

[...] entre os delinquentes e a sociedade levanta-se um muro que impede a concreta solidariedade com aqueles ou inclusive entre eles mesmos. A separação entre “honestos e desonestos”, que ocasiona o processo de criminalização, é uma das funções simbólicas do castigo e é um fator que impossibilita a realização do objetivo ressocializador (2016, p. 602)

Não obstante, o mestre Nilo Batista (2011, p. 97) defende a questão humanitária no Direito Penal, uma vez que o princípio da humanidade incide na “cominação, na

aplicação e na execução da pena, [...] face à posição dominante da pena privativa da liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”.

Assim, segundo o mesmo brilhante autor, a pena:

[..] “nem visa fazer sofrer o condenado”, como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni, e esse é o fundamento do princípio da humanidade. Não por acaso, os documentos internacionais consideram desumanas penas como aquela executada em Damiens. O princípio pertence à política criminal, porém é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos. Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização – ou seja, “proporcionalização” – da pena) e XLVII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas) do artigo 5º CR. Como lembra Munhoz Conde, a ideia de “proporcionalidade integra a ideia de justiça, imanente ao direito” [...]. (2011, p. 96-97)

Lamentavelmente, hodiernamente constata-se que, distante do projeto de (res)socializar, o cárcere forçado pela pena privativa de liberdade distancia o indivíduo “preso de seu ambiente familiar e social, colocando-o em um mundo peculiar, com regras próprias, impostas, de modo geral, pelo Estado e pela própria massa carcerária”⁴⁵.

Todavia, não se pode desprezar a questão da atividade sexual no que 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”.

Sobre as afirmações supra feitas, o autor Asúa afirma que:

Forzar a hombres y mujeres, en la edad en que se halla más plena e indomable la petencia genésica, a que se abstengan de relaciones sexuales, es empujarlos por las rutas del onanismo y de la homossexualidad. Nadie ignora que en los conglomerados del mismo sexo producen, con porcentajens subidísimos, esas dos formas de perversión de los instintos. De los dos grandes vicios a que da lugar - masturbacion y pederastia- se han ocupado largamente todos os los autores que cito luego en la nota bibliografica. Pero con ser esos males de terribles efectos, no son los únicos que la abstinencia acarrea. Las privaciones sexuales, unidas al autoerotismo, perjudican la salud

⁴⁵ SAVAZZONI, S. A. Visita íntima: direito ou prêmio ao condenado?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 423-444, dez. 2010.

de varones y hembras. Donde se deja sentir su más preponderante factor causal es en las neurosis y psicopatías. Kraus, H. Ellis, MOLL, Dubois y outros muchos psiquiatras enumeran entre las causas de la neurastenia y histerismo la continencia genésica, bien por sí sola, bien acompañada del vicio solitario. Quienes más lejos han llegado en su doctrina patogénica son Freud y los psicoanalistas, que atribuyen a la represión de las tendencias sexuales la mayoría de las psiconeurosis. En suma: la continencia genésica no puede ser impuesta como castigo accesorio de una pena que sólo priva al reo de la liberdade, y las sociedades, al defenderse de los ataques delincuentes, no tienen el derecho de perjudicar la salud de los penados. Urge, pues, modificar ese sistema, que añade sufrimientos no autorizados por las leyes, que pervierte el instinto sexual de los reclusos y que empeora la psicología carcelaria, como han demostrado los investigadores más modernos. (1990, p. 282-283)

E continua o brilhante autor trazendo uma fantástica constatação feita pelo criminólogo M. Hernet, a qual veremos:

[...] hernet incluyó en suas investigações carcelarias la extension del onanismo en la prisiones. de 577 hombres interrogados, 256 confesaron su vicio solitario, y de éstos, la inmeensa mayoría señaló como fecha de su iniciación en el autoerotismo la entrada en el prácticas. También en los Estados Unidos, bajo los auspicios de la arótica de los penados, entre quienes es aterrador el porcentaje de masturbadores e invertidos, según confirma además el penalista cubano José Agustín Martínez. (1990, p. 286)

Compartilha desde mesmo entendimento supracitado o autor Augusto Thompson (2002, p. 69), que “o mais penoso de todos os sofrimentos da prisão esteja conectado com a proibição de relações heterossexuais, não apenas pelo fato em si, mas pelas variadas consequências que daí decorrem”.

A partir disso, o que o mesmo chama de “castração simbólica”, apelam estes (apenados) à prática do homossexualismo, na medida que se possa reduzir os danos provocados por determinadas angústias⁴⁶. Não obstante, fundamenta a referida tese no seguinte sentido à:

Impossibilidade de sustentar a família, de obter recursos à sua custa, de tomar decisões, de ser responsável por suas coisas, de escolher a própria roupa, vem juntar-se o impedimento de possuir uma mulher- tudo gerando, no preso, o sentimento da castração simbólica. Sua masculinidade está posta em jogo e, com ela, obviamente, seu autoconceito. (2002, p. 70)

⁴⁶ THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70.

Tomando-se como ponto de partida a ilação do autor supracitado, tem-se um apontamento brilhante feito pela autora Livia Haygert Pithan, buscando corroborar que os presos buscam meios alternativos ao sexo heterossexual (se for a opção dele) por terem sido expelidos do meio social⁴⁷, qual seja:

[...] em pesquisa realizada por uma ONG paulista, coordenada por Marisa Fernandes, que estuou o comportamento sexual das presas da Casa de Detenção Feminina do Tatuapé, em São Paulo, descreve-se que “entre as mulheres com até um ano de cadeia, 80% declaram que, se pudessem escolher, só fariam amor com homens. O índice cai para 48% entre aquelas que estão a mais de quarto anos atrás das grades. Um grande número delas é lésbica circunstancialmente (Revista ISTOÉ, 19 de março de 1997, reportagem de Luiza Villameiá e Carol Quintanilha) (1999, p.100)

Em seu clássico “a falência da pena de prisão”, Bitencourt traz as consequências graves que a pena privativa de liberdade pode trazer para o ser humano apenado, inclusive quando esta se dá por longa duração. Nos valeremos, então, dos fundamentos do referido autor, que apregoa o seguinte:

Os que sofrem a pena privativa de liberdade por um longo período apresentam uma série de quadros que evidenciam claro matiz “paranoide”. Entre esses transtornos, pode-se citar o complexo de prisão, a patologia psicossomática e as depressões reativas. Estas são especialmente importantes, já que, por vários motivos, os reclusos podem desenvolver um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda de memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como uma ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio. A manifestação do desejo de suicidar-se é um fenômeno especial que nunca deve ser subestimado. Quando um indivíduo se isola, deixa de ler, perde o apetite, desinteressa-se de tudo, e ainda tem algum problema imediato, deve ser vigiado com extremo cuidado. O suicídio é relativamente frequente entre os condenados a longas penas. Essa é mais uma das tantas contradições existentes entre o propósito reabilitador que se atribui à pena privativa de liberdade e a imposição de penas muito longas. (2011, p. 200)

E, não obstante, traz os efeitos negativos que uma instituição total, como a prisão, pode trazer ao ser humano apenado, sendo o principal deles, segundo Bitencourt (2011, p. 203), o de “esterilidade absoluta, cuja origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro da prisão, benefícios que sejam transferíveis à vida que se desenvolve lá fora”.

⁴⁷ PITHAN, Livia. Haygert. Análise comparativa das visitas íntimas de penitenciárias feminina e masculina do RS: um retrato da discriminação às mulheres. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n.12, p. 99-113, 1999.

Segundo Bitencourt (2011, p. 204), a questão sexual no “interior das prisões constitui verdadeiro tabu, muitas vezes superior ao que pode ocorrer em outros aspectos gerais da sexualidade”.

O referido direito ora em discussão é o momento em que o apenado (a) pode ter um contato privado com a sua companheira (o), servindo de meio para a prática do necessário ato sexual, a qual já provamos e provaremos ser necessário ao ser humano.

A pena privativa de liberdade causa, sem dúvidas, danos psicológicos ao ser humano apenado. Todavia, erroneamente, seus efeitos são relativizados por alguns, comparando-os com questões religiosas e militares⁴⁸. Afirma Bitencourt (2011, p. 205) que esta decreta uma “ruptura total [...] com o mundo exterior, coisa que não ocorre com quem ingressa na carreira militar, cumpre serviço obrigatório ou resolve ingressar em uma ordem religiosa”.

Não obstante, BITENCOURT, apud BARATTA (2016, p. 602-603) aponta 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

Há, então, uma cessação do vínculo do indivíduo apenado com a sociedade que antes ele compusera. É o que o autor Erving Goffman denomina “mortificação do eu”, visto que o óbice que as instituições totais, como, por exemplo, a questão da prisão, põe entre o internado e o mundo externo é uma das formas que essa denominada “mutilação do eu” se manifesta⁴⁹.

Nessa mesma linha, os brilhantes autores Rodrigo Bascuñán e Luis Maldonado, pautando-se em ilações de Erving Goffman, assevera que:

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204-205.

⁴⁹ GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1999. p. 24.

Segun Goffman las personas que se encuentran recluidas en instituciones totales sufren un deterioro de sus si mismos en el sentido de que se ven obligadas a romper los vinculos con el mundo exterior. En dichas instituciones las personas estan sometidas a una serie de mortificaciones que invaden sua zona de intimidade y las colocan en el anonimato, sin facilitarle nuevas identidades consistentes. En la situación puntual de esta investigación, la visita disminuiría el referido deterioro que sufrirían los reclusos, pues otorga sentido de pertenencia y apoyo, aumentando la autoestima del recluso [...]

Anteriormente señalábamos que el tema familia era uno de los que más interesa conversar a los reclusos. Al respecto suponemos que la relevancia de este tema refiere a una estrategia para la mantención del vinculo que en cierta medida se rompe con la separación física. Sabiendo lo que pasa, el recluso se siente parte de su familia, Por otro lado, explicitamente que "no están solos". Esto se relaciona directamente con otra de las razones mencionadas por los entrevistados para justificar la importancia de la visita de la familia: el apoyo, que en palabras de los propios reclusos es la fuerza que le entrega la visita para soportar estar preso [...]

En relación a las mortificaciones que producen instituciones totales como la cárcel, el encuentro con la visita en tanto le entrega a los reclusos apoyo y sentido de pertenencia disminuye el deterioro, ya que se presenta como un momento de intimidad en donde los que se reúnen son "familiares, no la visita y el recluso, dejando momentáneamente el anonimato de ser un recluso más, al recuperar su antigua identidad (1990, p. 70)

A visita íntima reflete para os (as) apenados (as), inquestionavelmente, não só meramente uma simples questão sexual, mas uma ligação com a vida que este enclausurado possuía anteriormente, uma conexão com o mundo que pertencia, quer pertencer e pertencerá, mantendo seu contato com a (o) sua (seu) companheira (o) e, conseqüentemente, a família.

Partindo-se das considerações supra, Mirabete, em importante lição, afirma que o princípio que deve reger o sistema penitenciário é o seguinte:

[...] o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (nº 79), devendo ser autorizadas as visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (nº 37). Prevê, aliás, o ECA, como direito assegurado à criança e ao adolescente, inclusive nas hipóteses de acolhimento institucional, o direito

de visitas periódicas ao pai ou mãe privados de liberdade (art.19, § 4º). (2018, p.120)

Propostas genéricas ou até a indiferença à questão da sexualidade são levantadas como panaceias, o que é criticado de forma reforçada por Cezar Roberto Bitencourt. O estimado autor decreta o seguinte:

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 constrata 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 (2011, p. 213)

Então, para reforçar a importância sexual na vida do ser humano apenas, o apreciado autor supracitado faz uma leitura Freudiana de amor e instinto sexual, senão vejamos:

Nos seres humanos evoluídos, o sexo é inseparável dessa função psíquica que chamamos amor. A psicanálise freudiana, ao se esforçar para reduzir o amor à simples satisfação do instinto sexual, reconhece, a sua maneira, a íntima relação de ambos. No entanto, como consequência de seu falso método redutivo, não está em condições de compreender que o superior, longe de ser uma simples satisfação de mais primitivo, pode ter sua realidade própria e que esta pode modificar o primitivo, até torná-lo irreconhecível. A simples satisfação dos instintos, tal como pode ocorrer com o sexo, não só constitui a base da felicidade como também não pode garantir a saúde mental. A visita íntima pode converter-se em inadequada solução para o problema da sexualidade se se ignora o aspecto psicológico da sexualidade, que transcende a simples satisfação instintiva do sexo e não pode ser comparada à de outros instintos, como a sede ou a fome (2011, p. 216)

Em relação às mulheres, as autoras Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto⁵⁰ trazem importante ilação (2002, p.6-7), “a implantação da visita íntima em presídios femininos parece significar um efetivo avanço no atendimento de seus direitos sexuais

⁵⁰ TEIXEIRA, Alessandra; SINHORETTO, Jacqueline. A visita íntima às presas: uma primeira vitória? Boletim, **IBCCrim**, São Paulo, v. 10, p. 6-7, mar. 2002.

e reprodutivos. Mas, mais do que isso, pode denotar uma mudança da compreensão e tratamento da sociedade, não apenas para com as questões que compõem o universo da subjetividade feminina, como também no que se refere à humanização no cumprimento da pena de prisão”.

Para se comprovar a importância da visita íntima sexual nas penitenciárias brasileiras, como uma questão de política criminal e de exercício da democracia, valemo-nos das experiências trazidas pelo promotor José Roberto Antonini nos presídios paulistas⁵¹, quando, ao se tratar da visita íntima (1990, p. 388), disse que é um “despropósito da tradicional e ilegal proibição, impeditiva que o preso realiza uma necessidade biológica das mais importantes [...]. Puro sadismo dos senhores dos presídios, a infligir maus-tratos aos presos [...]”.

Não obstante (agora sim), para narrar o quão positiva foi a experiência da liberação da referida visita sexual privativa nos presídios de São Paulo, disse o seguinte sobre o resultado da experimentação:

[...] o resultado foi muito melhor do que o esperado. Caiu instantaneamente o índice de violência sexual nos presídios e arrefeceu-se a tensão emocional dos presos deixando de ocorrer o fato, este sim degradante, de os detentos terem relação sexual com as mulheres em pleno pátio, por ocasião das visitas comuns, dentro de círculo humano formado por outros presos para ocultar a cena às vistas grossas dos vigilantes, acontecimento então corriqueiro na Casa de detenção de São Paulo.

Demais, protegeu-se assim a difícil subsistência da relação afetiva do sentenciado com o seu cônjuge, ao mesmo tempo em que se atendeu quanto a este ao princípio da pessoalidade da sanção criminal (art. 5º, XLV, da CF) (1990, p. 388)

Sendo assim, constata-se que a efetivação da visita íntima oportuniza a sociedade de uma imprescindibilidade básica do apenado, o enaltecimento dos vínculos afetuosos e de conexão com o mundo exterior, razão a qual visa contribuir para sua (res)sociação.

Ademais, a ressocialização não é um objetivo único e exclusivo da pena imposta pelo Estado ao apenado, até pela mesma não cumprir seus objetivos declarados, devendo

⁵¹ ANTONINI, José Roberto. Uma experiência democrática na administração penitenciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 657, p. 386-390, jul. 1990.

buscar outros meios para aquele que sofreu com a mesma possa ser reintegrado de forma digna à sociedade, justificando a devida visita íntima e o estreitamente dos laços com a família e o mundo exterior. Reforçando tal tese, Bitencourt brilhantemente afirma que:

[...] assim como não aceitamos o repúdio, puro e simples, do objetivo (res)socializador, também não vemos como possível pretender que a readaptação social seja uma responsabilidade exclusiva das disciplinas penais, visto que isso suporia ignorar o sentido da vida e a verdadeira função das referidas disciplinas. Não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade exclusiva de conseguir a completa (res)socialização do delinqüente, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social de que o Estado e a sociedade devem dispor com objetivo (res)socializador, como são a família, a escola, a igreja etc. (2016, p. 610)

Em outros termos, garantir ao apenado o seu direito de visita íntima é, apenas, respeitar o caráter humanizador que a Constituição traz como dever do Estado e direito do cidadão, zelando pelo princípio fundante da Constituição Republicana de 1988, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Por dignidade da pessoa humana, o autor Israel Jório Domingos, sem escopo de esgotar tal princípio, conceitua que a dignidade

[...] é um atributo inerente ao ser humano, e cujo respeito se impõe a despeito de quaisquer características ou atributos pessoais, não se fazendo necessário, inclusive, que seja reconhecida pelo ordenamento jurídico. Ela constitui “meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito”, e inspira o “princípio constitucional de uma maior hierarquia axiológico-valorativa”. Traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. (2016, p. 38)

E, sobre tal princípio, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, consigo mesmos. (2006, p. 43-44)

E continua, nessa esteira, afirmando que no pensamento de Dworkin sobre a dignidade da pessoa humana:

[...] a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época (2006, p. 56)

Partindo-se da premissa que o Brasil é fundado no Estado democrático de Direito, sendo este sustentado pelo valor da Dignidade da Pessoa humana, a negativa do direito de vista íntima é um atentado a um princípio que deve ser amplamente assegurado. Sendo este direito uma cláusula pétrea, não é passível por violação do próprio Estado, sendo este, segundo Genelú e Scheerer (2017, p. 172), “o grande responsável, junto à sociedade, pela falta de oportunidades subtraídas daquele que será arremessado em um lugar claustrofóbico com a finalidade que se (res)socialize”.

Segundo Maria Garcia (2004, p. 211), a dignidade da pessoa humana é a “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. Não obstante, segundo o autor Cortez Bonifácio, reforçando os fundamentos descritos anteriormente, a dignidade da pessoa humana:

[...] é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos Direitos Fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social. (2008, p. 174-175),

Sendo assim, o fato de um indivíduo ter praticado uma conduta reprovável penalmente não é capaz e suprimi-lo da condição de ser humano, pois como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt (2017, p.73) “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica os condenados”. Ao contrário disso, o Estado tem de assumir o papel de, além de respeitar o indivíduo em sua integridade, buscar meios que auxiliem o mesmo em sua ressocialização, “um dos principais objetivos” da pena.

É indissociável, então, imaginar que o indivíduo busque ou tenha a possibilidade de se pensar em ressocialização se o Estado não garante ao detento um cumprimento de pena condizente com a condição humana, em total desrespeito à sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ANTONINI, José Roberto. Uma experiência democrática na administração penitenciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 657, p. 386-390, jul. 1990.

ASÚA, Jiménez de. **Psicoanálisis criminal**, Sexta edición. Buenos Aires, Depalma, 1990.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2ª edição.rev.amp., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013.

BASCUÑÁN, Rodrigo; MALDONADO, Luis. El Sentido de la Visita para las Personas Privadas de Libertad. **Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios**, Santiago de Chile, n. 1, p. 63-73, novembro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1

_____. _____. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.1.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. (Coleção Saraiva de Legislação).

_____. **Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura**. 9 de dezembro de 1985. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>>. Acesso em: 2 nov, 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. Portaria nº 327, de 29 de junho de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, Seção 1, p. 54.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **VadeMecum**. 11. Edição. Saraiva, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. In: Assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, 1969.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. Visita íntima: direito do preso. **Boletim dos Procuradores da República**, São Paulo, v. 2, n. 15, p. 26-28., jul. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18980>. Acesso em: 9 nov. 2018.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para Abolir as Prisões**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

JORIO, Israel Domingos. **Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

KANT, I. (2007). **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70

LEITE, George Salomão. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes de Immanuel Kant. In. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

MATEUS, 7:12. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, Saraiva, 7 ed., 2009

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRABETE, Fabbrini Julio. FABBRINI, N. Renato. **Execução penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2018.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ONU. **Regras de Bangkok**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caa6086.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 23, p. 79-91, abril-junho 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PITHAN, Livia. Haygert. Análise comparativa das visitas íntimas de penitenciárias feminina e masculina do RS: um retrato da discriminação às mulheres. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n.12, p. 99-113, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In. LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAVAZZONI, S. A. Visita íntima: direito ou prêmio ao condenado?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 99, n. 902, p. 423-444, dez. 2010.

TEIXEIRA, Alessandra; SINHORETTO, Jacqueline. **A visita íntima às presas: uma primeira vitória?** São Paulo: Boletim, IBCCrim, 2002. v. 10.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v.1