

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo certo que, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, “não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Com base no texto legal, é possível identificar três requisitos para a propositura da arguição: a legitimidade para agir; a controvérsia judicial ou jurídica, nos casos em que a doutrina tem denominado de “arguição incidental”; e a subsidiariedade.

Nos termos da legislação pertinente, a petição inicial deve, portanto, não apenas atender aos requisitos da propositura, como também deve demonstrar a utilidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, a petição inicial deve conter: (i) a indicação do preceito fundamental que se entende violado; (ii) a indicação do ato questionado; (iii) a prova da violação do preceito fundamental; (iv) o pedido com suas especificações; e (v) a comprovação, se for o caso, da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Os requisitos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não traduzem mera formalidade jurídica que possa ser dispensada quando o direito material, por relevante, assim o exigir. As formalidades exigidas pela lei servem de amparo para o funcionamento das instituições constitucionais e, por isso, são parâmetros estruturantes do Estado Democrático de Direito que visam preservar a competência própria de cada um de seus órgãos.

Os requisitos de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental visam, precisamente, preservar a esfera de atuação de cada uma das instituições públicas. Ao Supremo, cabe o exame da violação, ou de sua ameaça, de um preceito fundamental. Ao arguente, cabe a demonstração dessa violação ou do justo receio de que ela venha a ocorrer. A adequada definição do ato violador é indispensável para que o Supremo não avance nas esferas de atribuições de outros poderes.

De todo modo, esse regime é plenamente compatível com a compreensão processual que, diante do direito fundamental à efetividade processual (CRFB, art 5º, LXXVIII), impõe a prevalência do julgamento de mérito, a cooperação das partes e a interpretação do pedido de acordo com o princípio da boa-fé, tal como atualmente positivado no Código de Processo Civil (arts. 4º, 5º, 6º, art. 322, § 2º).

Assim, preliminarmente, ressalto que os vícios formais apontados foram superados na decisão que reconsiderou a decisão objeto de agravo regimental (eDOC 98), acolhendo como autor o Partido dos Trabalhadores e, com vistas à prevalência da decisão de mérito, o aditamento que indica o ato impugnado e os dispositivos tido como violados (eDOC 86 e 103). Nessa ocasião, ainda que de maneira singela, o legitimado desincumbiu-se dos “*encargos inerentes à posição processual ocupada*”, justamente na linha da ADI 2.321, ao contrário do que sustenta a PGR.

Ademais, todas as partes tiveram oportunidade de se manifestar novamente, sanando-se, pois, vícios concernentes ao devido processo legal no âmbito do controle concentrado e permitindo, assim, o exercício da jurisdição constitucional por este Supremo Tribunal Federal.

A síntese da questão constitucional delimitada na decisão de eDOC 98 a partir do aditamento seria, então, saber: se as Portarias MJ/DISPJ n.º 6/2017, Portarias MJ/DISPJ 10/2017 e Portaria MJ n. 718/2017 violam “*direitos e garantias individuais, como a dignidade, a intimidade, os direitos sexuais e reprodutivos, a personalidade, a correlação e individualização da pena, a vedação à pena cruel e integridade física e moral dos presos, todos encartados no art. 5º, incs. III, X, XLV, XLVI, XLVII, “e” e XLIX e art. 226, §§ 7º e 8º.*”

Todavia, na realidade, apenas a Portaria MJ n. 718/2017 (eDOC 73) pode ser objeto de deliberação, uma vez que é a única indicada na procuração constante em eDOC 104.

Embora a interpretação jurisprudencial acerca dos poderes especiais tenha sido elasticada, a previsão deve ser inequívoca, sob pena de atuar o procurador em excesso de poderes:

AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.
CONFEDERAÇÃO DE SERVIDORES. FIXAÇÃO DE VALOR.

REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da necessidade de subscrição da exordial por procurador devidamente amparado por poderes especiais para o questionamento do ato normativo. Nesse sentido, o ato de mandato deve conter descrição mínima do objeto digno de hostilização. Precedentes. (...) (ADPF 480 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2018 PUBLIC 24-04-2018)

As demais portarias não foram citadas na procuração e, a rigor, tratam de temática diversa, objeto da ADPF n. 579.

E, justamente, um dos motivos que levou à extinção da ADPF 579 e também suscitado aqui é a ofensa meramente reflexa. Porém, a questão referente às visitas sociais lá tratada encontra compreensão normativa diversa, uma vez que possui parâmetro em lei, diversamente da questão aqui, referente às visitas íntimas.

A previsão das visitas íntimas encontra-se apenas expressamente no art. 95 do Decreto n.º 6.049/2007, Regulamento Penitenciário Federal:

Art. 95. A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça.

Parágrafo único. É proibida a visita íntima nas celas de convivência dos presos.

Não se questiona, no entanto, essa previsão, mas a forma como ela foi efetivamente regulamentada pela Portaria n.º 718/2017.

Trata-se, assim, de ato do Poder Público que pode ser objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do art. 1º da Lei n.º 9.882/99. Admite-se, nesses casos, o seu cabimento:

Ementa: AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À SAÚDE. PORTARIA 43/2020 DA SECRETARIA DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO – MAPA. REGULAMENTAÇÃO DA LEI 13.874/2019, A QUAL DISPÕE SOBRE LIBERDADE ECONÔMICA. PRAZOS PARA APROVAÇÃO TÁCITA DE USO DE AGROTÓXICOS, FERTILIZANTES E OUTROS QUÍMICOS.

CONHECIMENTO. ENTRADA, REGISTRO E LIBERAÇÃO DE NOVOS AGROTÓXICOS NO BRASIL, SEM EXAME DA POSSÍVEL NOCIVIDADE DOS PRODUTOS. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. OFENSA, ADEMAIS, AO DIREITO À SAÚDE. PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA. CAUTELAR DEFERIDA. I - O ato impugnado consiste em portaria assinada pelo Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, que estabelece prazos para aprovação tácita de utilização de agrotóxicos, independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente ou as consequências à saúde da população brasileira. II – Trata-se de portaria, destinada ao público em geral com função similar a um decreto regulamentar, o qual, à pretexto de interpretar o texto legal, acaba por extrapolar o estreito espaço normativo reservado pela Constituição às autoridades administrativas. III – Exame de atos semelhantes que vêm sendo realizados rotineiramente por esta Corte, a exemplo da ADPF 489, também proposta pela Rede Sustentabilidade contra a Portaria do Ministério do Trabalho 1.129/2017, a qual redefiniu os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas às de escravos. (...)

(ADPF 656 MC, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 28-08-2020 PUBLIC 31-08-2020)

Também deve ser rejeitada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido que sustenta que, caso declarado inconstitucional o ato impugnado, o STF estaria atuando como legislador positivo. Desde que não implique inversão do sentido da lei (ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 25.11.2005), hipóteses de omissões – ainda que parciais – inconstitucionais também são passíveis de controle de constitucionalidade:

Ementa: I. PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE. (...) 2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa

fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. 3. Ausente a impugnação específica do art. 2º da lei, é inviável conhecer da ação neste ponto. (...) (ADI 4079, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 04-05-2015 PUBLIC 05-05-2015)

Por fim, como derradeira preliminar, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 o esforço hermenêutico a ser realizado pelo STF: “ *É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema.* ”

Ainda nesse importante voto para a construção institucional do controle abstrato de constitucionalidade, o e. Ministro Gilmar Mendes apresenta diretriz para o trabalho que aqui se coloca, aduzindo que “ *a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.* ”

Dito isso, tem-se que, sim, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), o respeito à higidez física e integridade psíquica dos presos (art. 5º, XLIX) são considerados preceitos fundamentais a permitir a propositura da ADPF, tal como decidiu este Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF n. 347:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES

DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Superadas, pois, as preliminares, põe-se ao deslinde a questão de mérito jurídica de saber se a regulamentação das visitas íntimas pela Portaria MJ n. 718/2017 viola preceitos fundamentais concernentes à dignidade dos presos, em especial, “ *a intimidade, os direitos sexuais e reprodutivos, a personalidade, a correlação e individualização da pena, a vedação à pena cruel e integridade física e moral dos presos, todos encartados no art. 5º, incs. III, X, XLV, XLVI, XLVII, ‘e’ e XLIX e art. 226, §§ 7º e 8º.*”

O direito a visitas íntimas, seja no texto constitucional, seja no bloco de constitucionalidade considerado a partir de normas internacionais que ampliam o âmbito de proteção dos direitos dos presos, não é expressamente previsto.

A Constituição da República, no rol dos direitos e garantias fundamentais, prevê que ninguém será submetido à tratamento desumano e degradante, assim como veda penas de caráter cruel (art. 5º, incisos III e XLVII, alínea e, CR). Igualmente no catálogo de direitos e garantias fundamentais está previsto que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CR). Trata-se do princípio da intranscendência da pena, segundo o qual, a responsabilidade no âmbito do direito penal revela-se de natureza pessoal, razão por que a pena não pode ultrapassar a esfera

pessoal do condenado, nem implicar restrições a direitos fundamentais de outrem.

Esses princípios conformam a execução da pena no que se pode sintetizar como princípio da humanidade, conforme a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, que citei na ocasião do julgamento da medida cautelar da ADPF 347:

“A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Este princípio determina ‘a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito’ (Zaffaroni)’ (Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4-5)

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca.”

Nessa ocasião, este Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental dos presos à dignidade e a integridade física e psíquica, reconhecendo ainda o “estado de coisas inconstitucional” em razão da superlotação e precariedade das instalações dos presídios brasileiros e a consequente derrota na função ressocializadora da pena.

Além dessas normas especificamente concernentes ao direito penal, o requerente invoca os artigos 226, §§ 7º e 8º, da Constituição, os quais prescrevem:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do

casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A proteção especial que a Constituição reservou à família indicaria o direito dos presos às visitas íntimas.

Ainda, no âmbito internacional, vigem as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos”, editadas por meio das Resoluções n. 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Em 2015, essas regras foram revisadas em Assembleia Geral da ONU, incorporando novos parâmetros de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, no que restou consolidado como “Regras de Mandela”.

Essas Regras convergem para a ideia de que “ *devem ser respeitados os demais direitos fundamentais do preso não afetados pela restrição de sua liberdade*” e que “ *a ordem e a disciplina devem ser mantidas com firmeza, sem, entretanto, que se imponham mais restrições do que as necessárias para a manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária*.” (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 216 e 214).

Assegura-se, expressamente, o direito do preso à comunicação periódica com familiares, sem restrição ao grau de parentesco, por meio de visitas. Confirmam-se:

Regra 43

1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas:

- (a) Confinamento solitário indefinido;
- (b) Confinamento solitário prolongado;
- (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada;
- (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso;

(e) Castigos coletivos

(...)

3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Regra 58

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

(a) por correspondência e utilizando, onde houver, de telecomunicações, meios digitais, eletrônicos e outros; e

(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.

Regra 88

1. O tratamento dos presos deve enfatizar não a sua exclusão da comunidade, mas sua participação contínua nela. Assim, as agências comunitárias devem, sempre que possível, ser indicadas para auxiliar a equipe da unidade prisional na tarefa de reabilitação social dos presos.

2. Todo estabelecimento prisional deve ter trabalhadores sociais encarregados de manter e aperfeiçoar todas as relações desejáveis de um preso com sua família e com agências sociais reconhecidas. Devem se adotar procedimentos para proteger, ao máximo possível, de acordo com a lei e a sentença, os direitos relacionados aos interesses civis, à previdência social e aos demais benefícios sociais dos presos.

Regra 106 Atenção especial deve ser dada para a manutenção e o aperfeiçoamento das relações entre o preso e sua família, conforme apropriado ao melhor interesse de ambos.

Há, como se lê, expressiva proteção à necessária manutenção do convívio familiar do preso. No entanto, as visitas íntimas ou visitas conjugais são previstas na regra 58.2 após a locução “onde forem permitidas”, denotando que não se trataria de um direito subjetivo.

Já no âmbito da legislação interna, ao dar concretude e densidade aos dispositivos constitucionais e aos tratados de direitos humanos citados, a

Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210/84) assegura ao preso o direito à convivência familiar por meio de visitas de parentes, no art. 41, X, assim como o art. 3º, II, da Lei 11.671/2008, prevê como características do estabelecimento penal federal de segurança máxima visitas “por meio virtual ou no parlatório”.

A partir desse cenário normativo, cumpre ressaltar que a execução penal objetiva não apenas a implementação da sanção penal imposta ao condenado, mas também criar condições para a integração social daquele que sofre a sanção e que, mais cedo ou mais tarde, retornará ao convívio social. A visitação periódica, por seu turno, é uma forma de propiciar essa integração social do condenado, o qual, embora cumpra pena, não foi excluído da sociedade. A propósito do tema, cito lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

Fundamental ao regime penitenciário é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos para o preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. Dessa forma, no momento em que for posto em liberdade, o processo de reinserção social produzir-se-á de forma natural e mais facilmente, sem problemas de readaptação a seu meio familiar e comunitário. Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (nº 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos, ao menos periodicamente e sob devida vigilância (nº 37). Por isso, concede-se ao preso o direito da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X). (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 120.).

Não há, entretanto, referência legal expressa às visitas íntimas.

No direito comparado, há países que a vedam (Japão, Reino Unido). A Suprema Corte da Irlanda já se manifestou contrariamente à sua existência (*Marie and Noel Murray v Ireland*, 1991), afirmando a suspensão do direito como inerente à privação de liberdade, assim como a Corte do Norte de Ohio em *Lyons v. Gilligan* (1974).

Defende-se, entretanto, que, apesar da ausência de previsão expressa, trata-se de direito que decorreria da interpretação dos artigos 16 (direito de contrair matrimônio e fundar família) e 22 (livre desenvolvimento da personalidade) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Após fazer a revisão do direito comparado, é o que defende Radhakanta Tripathy, da Utkal University, na Índia:

“Modern man aims at construction a meaningful society with all the protection of human rights. At this juncture the benefits of allowing reproductive rights to the prisoners will achieve the desire aim. It helps as a tool of motivation and discipline besides strengthening family ties. It reduces the possibility of rape and sexual violence, stress and pressure in prisons an relapse into criminal behavior, in addition to preventing the breakdown of marriages. The governments of various contries should come forward to frame guidelines in regard to the reproductive rights of the prisoners.” (TRIPATHY, Radhakanta. *Human Rights vis-à-vis Reproductive Rights of Prisoners*. IN: PAREKH, Pravin H. (ed). *Human Rights Year Book*, 2010, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd p. 139)

Tradução:

“O homem moderno visa a construção de uma sociedade significativa com toda a proteção dos direitos humanos. Nesta conjuntura, os benefícios de permitir direitos reprodutivos aos prisioneiros atingirão o objetivo desejado, como ferramenta de motivação e disciplina, além de fortalecer os laços familiares. Reduz a possibilidade de estupro e violência sexual, o estresse e a pressão nas prisões e a recaída no comportamento criminoso, além de prevenir a ruptura de casamentos. Os governos de vários países devem apresentar diretrizes em relação aos direitos reprodutivos dos prisioneiros.”

No mesmo sentido, embora reconhecendo a ausência de previsão expressa, Piet Hein van Kempen, da Radboud University, na Holanda:

“Statecaused limitations on the possibility for adult prisoners to have a consenting sexual relationship with other adults therefore imply a restriction of the right to a private life. Furthermore, in case the limitation concerns a relationship within the concept of the family, it may also restrict the right to family life, and possibly also the right to found a family. However, none of this actually means that States have a general obligation under international human rights law to

provide prisoners with the opportunity to have intimate contacts with other adults. The jurisprudence is developing, however.” (van KEMPEN, Piet Hein. Positive obligations to ensure the human rights of prisoners Safety, healthcare, conjugal visits and the possibility of founding a family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR in: Peter J.P. Tak & Manon Jendly (eds), *Prison policy and prisoners’ rights. The protection of prisoners’ fundamental rights in international and domestic law*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p.38)

Tradução livre:

“As limitações causadas pelo Estado à possibilidade de prisioneiros adultos terem uma relação sexual consentida com outros adultos, portanto, implicam uma restrição do direito à vida privada. Além disso, caso a limitação diga respeito a uma relação dentro do conceito de família, pode também restringir o direito à vida familiar e, eventualmente, também o direito de constituir família. No entanto, nada disso realmente significa que os Estados têm uma obrigação geral, de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, de proporcionar aos prisioneiros a oportunidade de ter contatos íntimos com outros adultos. A jurisprudência está se desenvolvendo, no entanto.”

Pondera que, embora a Corte Europeia de Direitos Humanos tampouco reconheça expressamente esse direito, teria assentado a possibilidade de seu reconhecimento futuro (*Aliev v Ukraine*), além de ter reconhecido o direito do preso a realizar procedimentos de inseminação artificial (*Dickson v United Kingdom*). Em relação à Comissão Interamericana:

“Nevertheless, the InterAmerican Commission has consistently held that the state is obligated to facilitate contact between the prisoner and his or her family. When a State voluntarily fulfils this obligation by allowing intimate visits it may not restrict this possibility, impose conditions or conduct procedures that constitute an infringement of any of the other rights protected by the American Convention. (...) the ICionHR also takes cases on the basis of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (ADHR). Article VI ADHR states that ‘[e]very person has the right to establish a family, the basic element of society, and to receive protection therefore’. Interestingly, on the basis of this provision the Inter American Commission seems to acknowledge that prisoners have a right to conjugal visits as such, which right can only be limited if there are sufficient reasons to do so. In the case of Oscar Elías Biscet et al.

versus Cuba the authorities had restricted family and conjugal visits for no apparent reason. This fact contributed significantly to the finding by the IACionHR of a violation of article VI of the American Declaration.” (*Ibidem*, p. 39)

Tradução livre:

“No entanto, a Comissão Interamericana tem afirmado sistematicamente que o Estado é obrigado a facilitar o contato entre o preso e sua família. Quando um Estado cumpre voluntariamente esta obrigação, permitindo visitas íntimas, não pode restringir essa possibilidade, impor condições ou conduzir procedimentos que constituam uma violação de qualquer dos outros direitos protegidos pela Convenção Americana. (...) o IACionHR também atende casos com base na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH). O Artigo VI do DADDH declara que ‘toda pessoa tem o direito de constituir família, o elemento básico da sociedade, e de receber proteção, portanto’. Curiosamente, com base nesta disposição, a Comissão Interamericana parece reconhecer que os presidiários têm direito a visitas conjugais como tal, direito esse que só pode ser limitado se houver razões suficientes para fazê-lo. No caso de *Oscar Elías Biscet et al. contra Cuba*, as autoridades restringiram as visitas familiares e conjugais sem motivo aparente. Este fato contribuiu significativamente para a conclusão pelo I-ACionHR de uma violação do artigo VI da Declaração Americana.”

Adiro a essa compreensão. O direito às visitas íntimas ou conjugais deriva, a rigor, do direito à privacidade e à convivência familiar e dos direitos reprodutivos dos presos os quais não devem ser restringidos para além da pena privativa de liberdade. Acentuo a necessidade de um especial olhar para as condições de encarceramento feminino, vez que as mulheres são comumente vítimas de abandono conjugal.

Assim, apesar da ausência de previsão constitucional e legal expressa, reconheço o direito dos presos e presas a visitas íntimas como decorrente do direito ao convívio familiar.

No entanto, compreendo que se trata de um direito sujeito às limitações necessárias à preservação da segurança do preso, da sua família, bem como da segurança dos funcionários do estabelecimento penitenciário, das suas famílias e, ainda, da segurança social, não podendo a visita servir como oportunidade para mediar atos de violência.

Sobre a possibilidade de restrições, prossegue Van Kempen:

“Nevertheless, a clear recognition of a right to intimate visits is not yet offered under the ICCPR, the ACHR and the AfChHPR, nor is it under the ECHR. This seems to be in violation of both the minimum basic principle and the general human rights limitation system that restrictions to these rights must be lawful, serve a legitimate aim and be necessary. Conjugal visits do in principle concern private life, the family, and the possibility of begetting children. More importantly, denying such visits infringes the human rights to private life, family life, and the possibility of founding a family. Therefore, the legal starting point is an obligation on the authorities to present every prisoner with the opportunity to enjoy conjugal visits. **Restriction of the correlated right to conjugal visits is then only allowed insofar this is demonstrably necessary. To some degree it may be justified to generally restrict the right of certain categories of prisoners (e.g., short stay detainees, classes of sex offenders, juveniles) or when certain circumstances apply (detention in police facilities, disorder, etcetera)**”.

(Ibidem, p. 42, g.n.)

Tradução livre:

“No entanto, um claro reconhecimento do direito a visitas íntimas ainda não é oferecido pelo PIDCP, a CADH e o AfChHPR, nem pelo CEHR. Isso parece violar tanto o princípio básico mínimo quanto o sistema geral de limitação dos direitos humanos de que as restrições a esses direitos devem ser legais, servir a um objetivo legítimo e ser necessárias. As visitas conjugais dizem respeito, em princípio, à vida privada, à família e à possibilidade de gerar filhos. Mais importante, negar essas visitas infringe os direitos humanos à vida privada, à vida familiar e à possibilidade de constituir uma família. Portanto, o ponto de partida legal é a obrigação das autoridades de dar a cada presidiário a oportunidade de desfrutar de visitas conjugais. A restrição do direito correlato de visitas conjugais só é permitida na medida em que seja comprovadamente necessário. **Até certo ponto, pode ser justificado restringir geralmente o direito de certas categorias de prisioneiros (por exemplo, detentos de curta duração, classes de criminosos sexuais, adolescentes) ou quando certas circunstâncias se aplicam (detenção em instalações policiais, desordem, etc.)**”

São semelhantes as ponderações de Guilherme de Souza Nucci:

“A visita íntima constitui uma polêmica. O disposto no inciso X do art. 41 da LEP não atinge, por óbvio, tal “direito”. Logo, deve ser considerado um direito se a administração do presídio – como tem ocorrido na maior parte deles – permitir tal exercício

generalizadamente. Por uma questão de aplicação do princípio constitucional da igualdade, não é cabível permitir que alguns tenham contato sexual com seus parceiros ou parceiras e outros, não. Ainda que institucionalizado pela tradição – há anos, vários presos já usufruem de tal direito nos estabelecimentos penais – como forma salutar de evitar a violência sexual e também para incentivar o contato com a família e com o mundo exterior, **não se pode considerá-lo um direito absoluto.** (...)

Ora, o direito à visita íntima não se encontra previsto em lei, originando-se do costume adotado pelas direções dos presídios, de modo que não pode encontrar barreira justamente em critérios subjetivos e, por vezes, preconceituosos. Se o casado pode manter relação sexual com sua esposa, o mesmo valendo para aquele que mantém união estável, é preciso estender o benefício ao solteiro, que pode eleger a pessoa que desejar para tal fim. Sob tutela estatal, com fiscalização e controle, o ganho para a ressocialização será evidente. **Naturalmente, o preso inserido em regime disciplinar diferenciado (RDD), com visitas limitadas (ver o art. 52, III, LEP), não tem como usufruir de visita íntima, em qualquer forma que seja. Prevalece, neste último caso, a segurança pública em detrimento do direito individual.** (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de execução penal. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, páginas 64 e 65, g.n.). .

As restrições do ato impugnado foram assim justificadas:

“O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 95. do Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007,

Considerando os atentados à segurança pública comandados por facções criminosas, e diante do pedido público de contraprestação do Estado para garantir paz e segurança à sociedade;

Considerando que uma das características e funções primordiais do Sistema Penitenciário Federal - SPF é isolar presos considerados de alta periculosidade, com ao menos uma das seguintes características, conforme disposto no art. 3º, do Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009:

Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado RDD;

IV- ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Considerando que a Portaria do Ministério da Justiça nº1.190, de 19 de junho de 2008, admite a realização de visitas íntimas no interior das penitenciárias federais, a qual tem por finalidade a manutenção dos vínculos afetivos e familiares dos presos custodiado no Sistema Penitenciário Federal;

Considerando o direito do preso em receber visita do cônjuge ou companheira (o), se devidamente registrado e comprovado o vínculo afetivo quando da entrada do interno no estabelecimento penal federal;

Considerando que o recolhimento do preso na unidade prisional federal tem caráter excepcional e por prazo determinado, retornando ao Estado de origem quando encerrado o prazo de permanência no Sistema Penitenciário Federal, exceto se houver pedido de renovação por igual período;

Considerando que o direito de visita íntima do preso, vivenciado no Sistema Penitenciário Federal, tem sido utilizado como meio eficaz de difusão de mensagens entre presos e familiares, servindo como ferramenta de coordenação e execução de ordens para beneficiar organizações criminosas e tentativas de ingresso de objetos e substâncias ilícitas dentro das unidades prisionais;

Considerando os resultados extremamente negativos como: execução e atentados à vida de servidores do Sistema Penitenciário Federal, controle e administração de rede de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, possibilitados e realizados quando de visita íntima;

Considerando que a Portaria nº 1.190/2008 revelou-se insuficiente para promover e executar as finalidades do Sistema Penitenciário Federal, especialmente no tocante à garantia de que os chefes das organizações criminosas não consigam mais liderar;

Considerando que a visita íntima traz fragilidades para a manutenção da ordem, disciplina e segurança, tanto interna, que compreende os servidores do Sistema Penitenciário Nacional, como externa, compreendendo a população brasileira;

Considerando que, pela própria natureza do ato da visita íntima, esta deve ocorrer sem qualquer tipo de fiscalização por parte dos Agentes Federais de Execução Penal, donde a possibilidade de que ordens escritas ou orais sejam repassadas por líderes de organizações criminosas no momento da visita íntima, sendo que os comando

emanados de maneira verbal são impossíveis de fiscalização e controle;

Considerando que o direito à manutenção dos vínculos afetivos e familiares dos presos custodiados no Sistema Penitenciário Federal deve ser analisado à luz de sua compatibilidade com os deveres do Estado no que concerne à segurança pública e à preservação da ordem pública;

Considerando que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que, na ordem constitucional vigente, não há direito fundamental absoluto:

‘OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF - MS 23.452/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 12/05, p. 20).’

Considerando que a inviolabilidade da intimidade, a garantia irrestrita de ampla defesa do indivíduo, o direito à vida e à segurança pública da coletividade são conceitos fundamentais do ordenamento pátrio que, em circunstâncias excepcionais exigem a busca por alternativas legais, respaldadas pelo princípio da proporcionalidade como meio de cotejo e ponderação entre direitos fundamentais para se solucionar as colisões e garantir a supremacia do interesse público;

Considerando que a visita íntima não tem previsão formal em lei, sendo interpretada como um direito com base em resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

Considerando que há sob custódia no Sistema Penitenciário Federal presos com perfil de réu colaborador ou delator premiado, nos termos do art. 3º, inciso V, do Decreto 6.877/2009, e que eles, a princípio, poderiam receber visita íntima, tendo-se em vista que, em tese, não representam grave ameaça quando comparados aos outros presos do Sistema, com características dispostas nos incisos I, II, III, IV, VI do referido artigo, RESOLVE:#8221px;

A restrição fundam-se na excepcionalidade do regime legal de cumprimento de pena a que estão submetidos os presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima (Lei 11.671/2008). Sobre essa excepcionalidade, ponderei no HC 129.509, j. 24.11.2015, e ora repiso:

“No âmbito federal, diante de um histórico de fugas, rebeliões e descontrole quanto a organizações criminosas cujos líderes, mesmo encarcerados, continuavam a comandar a prática de crimes com o uso de aparelhos celulares, concebeu-se penitenciárias de segurança máxima, onde as condições do cumprimento de pena são sensivelmente mais rigorosas do que aquelas usualmente praticadas em penitenciárias sob a administração dos Estados. Tudo, com o precípua objetivo de dar maior efetividade ao necessário isolamento de determinados detentos que mantinham, mesmo presos, grande poder de liderança sobre práticas delitivas organizadas e reiteradas em determinados centros urbanos. (...)

Bem por isso, o ingresso de condenados no sistema penitenciário federal se dá sempre em caráter de excepcionalidade. (...)

É sempre presente, portanto, a ideia de excepcionalidade, quer das condições a que estão sujeitos os condenados que cumprem pena nas penitenciárias federais, quer das hipóteses em que a lei autoriza a transferência e renovação do prazo de suas permanências nos estabelecimentos do sistema penitenciário federal.”

Em igual sentido:

Habeas corpus. 2. Impetração contra decisão denegatória de liminar em ação da mesma natureza articulada perante tribunal superior. Manifesto o constrangimento ilegal ao direito do paciente. Superação da Súmula 691. 3. Transferência de preso provisório para estabelecimento penal federal de segurança máxima, no interesse da segurança pública (art. 3º da Lei 11.671/08). A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima é medida excepcional (art. 10 da Lei 11.671/08), razão das “raras razões justificadoras da medida” e do “especial rigor a que estão, nela, sujeitos os detentos” – voto do Min. Edson Fachin, HC 129.509, Primeira Turma, julgado em 24.11.2015, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso. A permanência no presídio federal envolve “a imposição ao preso de um regime prisional mais gravoso, pela maior restrição da liberdade” – HC 112.650, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11.3.2014. As hipóteses de inclusão e transferência ao sistema federal devem ser rigorosamente observadas e podem ser

combatidas pela defesa. 4. Transferência fundamentada em (i) menção à atividade profissional da família do juiz e (ii) tratamento privilegiado no sistema carcerário. Impossibilidade de acrescentarem-se novos fundamentos em sede de habeas corpus. 5. Atividade profissional da família do juiz publicizada em matéria do jornalista, pouco antes da audiência. O preso tem direito a manter “contato com o mundo exterior”, por meio “da leitura e de outros meios de informação” (art. 41, XV, da Lei 7.210/84). 6. O tratamento privilegiado no sistema carcerário é fato grave, a merecer reação vigorosa, mas não constitui risco à segurança pública. 7. Ordem concedida, para reformar a determinação de transferência do paciente ao sistema penitenciário federal.

(HC 149734, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018)

Porém, a excepcionalidade desse regime, assim como do regime disciplinar diferenciado (cuja constitucionalidade encontra-se em debate na ADI n. 4162), não justifica a vedação abstrata – e para além da sanção legalmente prevista – das visitas íntimas aos presos indicados no art. 1º, § 2º, da Portaria impugnada.

É inconstitucional por ofensa aos preceitos inseridos nas normas expressas da Lei Maior brasileira e é violador das convenções protetivas de direitos humanos porquanto ofende as diretivas internacionais vinculantes ao Brasil o conjunto de preceitos contidos na Portaria MJ n. 718/2017.

Ainda que não expressamente previsto, o direito a visitas íntimas, seja no texto constitucional, seja no bloco de constitucionalidade considerado a partir de normas internacionais que ampliam o âmbito de proteção dos direitos dos presos, de tais documentos normativos decorre. Pode ser disciplinado para atender aos imperativos de segurança, porém não pode ser obstado, daí porque deve ser reconhecido com a procedência da demanda. As visitas íntimas ou conjugais não podem ser negadas a ninguém. Nessa toada, em que as razões de segurança que sustentam as vedações da Portaria, a excepcionalidade das situações restritivas nesse grau impeditivo não se sustenta.

Há, portanto, inconstitucionalidade no art. 1º, §2º, da Portaria do Ministério da Justiça n. 718/2017.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido veiculado na presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º, da Portaria do Ministério da Justiça n. 718/2017.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/02/2021 00:00