
A VEDAÇÃO DA VISITA ÍNTIMA NO SISTEMA PRISIONAL MILITAR SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE SEALING OF THE INTIMATE VISIT
IN MILITARY PRISON SYSTEM FROM THE
PERSPECTIVE OF DIGNITY OF THE
HUMAN PERSON

Antônio Pereira Duarte

Procurador de Justiça Militar em Brasília(DF)

Conselheiro Nacional do Ministério Público (Biênios 2013/2015 e 2015/2017)

RESUMO: O presente estudo analisa o tema da visita íntima no âmbito dos estabelecimentos prisionais militares, mostrando que sua vedação, em decorrência das peculiaridades de tal contexto e ante uma alegada ausência de estrutura mínima que possa garantir o atendimento dessa carência humana, termina por entrecocar-se com o fundamento da dignidade humana e os princípios constitucionais que amparam a figura de todo e qualquer preso, incumbindo ao Ministério Público Militar, como ramo especializado do Ministério Público da União, empreender as medidas que assegurem, perante o sistema prisional militar, o atendimento dos referidos postulados constitucionais. Tal assertiva mais se justifica após o precedente do STF que reputou ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais

para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral.

PALAVRAS-CHAVES: Estabelecimento Prisional Militar. Visita Íntima. Dignidade da Pessoa Humana. Valores Militares. Ponderação de Interesses. Princípio do Respeito aos Presos.

ABSTRACT: The present study examines the issue of conjugal visits in the context of military prisons, showing that your fence, due to the peculiarities of this context and the absence of a minimum structure that can guarantee the fulfillment of this human need, ends up clashing up with the foundation of human dignity and the constitutional principles that support the figure of any prisoner, leaving it to the military Public prosecution, as a specialized branch of the Public Ministry of the Union to undertake measures to ensure, at the military prison system, the care of these constitutional postulates. This assertion is justified following the precedent of the Supreme Court that understands it be lawful for the judiciary to impose on the public administration a must do obligation, who consists the promotion of measures or implementation of emergency works in prisons to give effect to the principle of human dignity and ensure detainees respect for their physical and moral integrity.

KEYWORDS: Military prison. Conjugal visits. Human dignity. Military values. Balance of interests. Principle of respect for prisoners.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O sistema prisional militar e suas particularidades – 3. A visita íntima como garantia constitucional – 4. Ponderação de interesses: tutela dos bens castrenses *versus* Princípio do Respeito aos Presos e dignidade humana – 4.1 Ausência de estrutura física nas organizações militares e o recente precedente do STF – 5. Conclusão. – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Prisional Militar é uma realidade no Ordenamento Pátrio e tem sua existência vinculada tanto ao cumprimento das denominadas penas disciplinares quanto à execução provisória ou definitiva de penas decorrentes de condenações em processos criminais.

Muito em razão disso, sua estrutura é bem diversa do sistema prisional comum, pois não possui o rigor antevisto em penitenciárias ou outros estabelecimentos análogos, seja pelo reduzido número de custodiados, pelo menos na esfera das Forças Armadas; seja ainda pelo lapso temporal a que pode ficar submetido o apenado militar, de regra por, no máximo, 2 (dois) anos.

No entanto, em virtude de ser assegurado ao militar o direito de ser recolhido a um estabelecimento prisional militar, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, e também por poder cumprir pena de até 2 (dois) anos no recinto militar, surgem situações jurídicas que terminam por prolongar o tempo de custódia, de modo que reclamam a adoção das regras próprias aplicáveis a toda e qualquer execução penal, provisória ou definitiva, dentre as quais o respeito aos direitos dos presos, especialmente o da visita íntima.

No âmbito federal, atualmente o único Presídio Militar existente é o da Marinha, localizado na Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, onde é garantida a visita íntima. Nos demais estabelecimentos prisionais militares, regra geral, sob o argumento da ausência de uma estrutura adequada, não é observado o acesso à visita íntima, ainda que o custodiado permaneça longo tempo cumprindo pena provisória ou definitiva.

É justamente essa não observância, no âmbito prisional militar, da visita íntima, em confronto com os princípios insertos no vigente arcabouço constitucional, que situará a discussão que ora se pretende trazer à tona, buscando-se evidenciar os argumentos que arrimam a vedação de acesso ao referido direito e aqueles que balizam o fundamento contrário, em exercício hermenêutico que não poderá prescindir da ponderação de interesses.

2

O SISTEMA PRISIONAL MILITAR E SUAS PARTICULARIDADES

A Constituição Federal de 1988 inequivocamente estabeleceu um regime próprio para os militares, seja no plano penal, administrativo ou previdenciário. Neste sentido, tratou diretamente de algumas questões, como a que inclui os órgãos da Justiça Militar no âmbito do Poder Judiciário da União, conferindo-lhe a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Outras, remeteu a normatização ao legislador infraconstitucional, não sem antes observar que deveria atentar para as situações especiais a que são submetidos tais servidores e as peculiaridades de seus ofícios (art. 142, § 3º, Inciso X).

Tais nuances próprias da Caserna também se refletem no que tange à execução da pena no âmbito militar¹, seja esta definitiva ou provisória, conforme

¹ Com efeito, de acordo com o Código Penal Militar, as regras que disciplinam o cumprimento de penas no contexto militar obedecem aos princípios da hierarquia e disciplina, deve haver rígida separação, conforme descrito:

Art. 59 - A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:

I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo

bem apontado por Assis *et ali* (ASSIS, 2011, p. 57), segundo os quais em três hipóteses o militar é recolhido a estabelecimento prisional militar, a saber:

- a) por força do artigo 595, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar que dispõe que o militar condenado a pena até dois anos irá cumpri-la em estabelecimento militar;
- b) por força da Lei 6.880/80, artigo 73, letra “c”, que dispõe que o militar tem a prerrogativa de permanecer preso em estabelecimento militar, em decorrência de prisão provisória mesmo que seja por crime de natureza comum;
- c) por cumprimento de pena de prisão, em face de transgressão disciplinar.

Disso resulta que, abstraindo-se a hipótese elencada na alínea “c”, em que o militar fica custodiado disciplinarmente por até 30 (trinta) dias, em todas as demais situações em que o militar fica preso provisória ou definitivamente, não há como deixar de reconhecer que sua permanência no estabelecimento prisional militar poderá prolongar-se por período de pelo menos 2 (dois) anos, de modo a atrair a incidência das regras constitucionais que balizam o respeito aos presos.

Por outro lado, o Código de Processo Penal Militar, que remonta a 1969, mas que foi recepcionado pela Carta Constitucional vigente, disciplina, em seu

superior a dois anos.

Parágrafo único. Para efeito de separação, no cumprimento da pena de prisão, atender-se-á, também, à condição das praças especiais e à das graduadas, ou não; e, dentre as graduadas, à das que tenham graduação especial.

[...]

Art. 61 - A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

art. 242 e alíneas, o instituto da Prisão Especial, assinalando que a ela fazem jus os oficiais da ativa e da reserva, remunerada ou não, das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Na verdade, conforme preleciona Lobão (2009, p. 319) “mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o oficial da ativa continuará na prisão especial, enquanto não for excluído da corporação militar, federal ou estadual (art. 242, *d, f a h, j* e p. único, do CPPM)”.

Tais aspectos singulares do segmento militar produzem consequências jurídicas bem acentuadas, haja vista a necessidade de se manter no vasto território nacional, no qual se espalham as Organizações Militares destinadas a guarnecer a Defesa Nacional, um sistema prisional diferenciado. Este serve tanto para abrigar, no cotidiano, os militares que tenham incorrido em infrações disciplinares, aqueles que podem responder por sanção de até 30 (trinta) dias de prisão; quanto para receber os presos provisórios ou que ainda não foram condenados em definitivo, ou seja, aqueles que possuem, nos termos do quanto disposto no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/81), o direito de custódia no estabelecimento prisional da Organização Militar; quanto para acolher os presos militares condenados definitivamente à pena de até 2 (dois) anos.

Sobre as distinções que pairam em relação aos diversos estabelecimentos militares destinados a abrigar presos, faz-se mister trazer à tona o quadro autoexplicativo, proposto por Diógenes Gomes Vieira, e também citado por Assis *et ali* (2011, p. 60). Lembra aquele autor que

não há legislação específica que faça a distinção entre os três tipos de locais de cumprimento de pena previstos no CPM: a) estabelecimento militar (art. 59, inciso I); b) estabelecimento penal militar (art. 59, inciso II); e c) penitenciária militar (art. 61)²:

² VIEIRA, D. G. *Manual Prático do Militar*. Natal: D & F Juridica, 2009. p. 453-454.

Estabelecimento militar	Estabelecimento penal militar	Penitenciária militar
Organização militar que não está habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos (ausência de xadrez). Porém, mesmo não estando habilitada, não impedirá o recolhimento de presos, todavia não poderá ser em xadrez.	Organização militar habilitada administrativamente e tecnicamente para o encarceramento de presos: xadrez e guarnição da Polícia Militar (sic) da respectiva Força Armada (em regra)	É o presídio propriamente dito, onde, por analogia, pode-se utilizar a definição contida no art. 87 da LEP: a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.
A prisão é executada em recinto (dependência) da organização militar. Exemplos: quarto de hotel de trânsito e alojamento.	O inciso II do art. 59 do CP Militar menciona que neste local são cumpridas penas disciplinares: xadrez.	No Brasil só existe um presídio militar: o da Marinha (Ilha das Cobras – Rio de Janeiro).
Somente para oficiais: art. 59, inciso I, do CP Militar.	Somente para praças: art. 59, inciso II, do CP Militar.	Oficiais e praças (art. 61 do CP Militar)
Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 2(dois) anos.	Pena condenatória (sic) igual ou inferior a 02 (dois) anos. Ou superior a 2 (dois) anos conforme permissibilidade contida no final do inciso II do art. 59 do CP Militar.	Pena condenatória (sic) superior a 2 (dois) anos.

3

A VISITA ÍNTIMA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 adotou, como um dos princípios fundamentais da República Federativa, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com todo o seu indefectível alcance.

Na verdade, como bem explicitado por Barroso (2015, p. 285), “a dignidade humana é um valor fundamental” e, como tal, assume, no plano jurídico, a feição de princípio. E conquanto, segundo o mesmo autor, não se deva banalizar o uso do princípio da dignidade da pessoa humana, como se fosse “uma

varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo”, não é menos certo que sua utilidade se mostra abrangente, como excogitado pelo próprio constitucionalista em evidência:

Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução.³

É justamente sob esse foco interpretativo que se precisa analisar a visita íntima como garantia constitucional decorrente da aplicação do princípio da dignidade humana em harmonia com o princípio do respeito ao preso, já que a Constituição Federal estabeleceu expressamente que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX)⁴.

O cotejo do fundamento da dignidade humana com a garantia constitucional do respeito aos presos faz com que se possa caminhar por uma ampla via exegética, de modo a se extrair dos referidos ditames uma proteção abrangente. Destarte, vale a pena antever a tendência contemporânea de se conferir

³ *In* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴ ASSIS, J. C. *Direito militar*: aspectos penais, processuais penais e administrativos, 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012. Assis, a propósito, elucida que “nem a Constituição Federal e nem a Lei de Execução Penal preveem a visita íntima. A condição de direito constitucionalmente assegurado advém da interpretação feita pelos defensores da visita, amparada pelo princípio da dignidade humana”.

ao princípio uma valorização jurídica como alternativa para a realização do direito justo, consoante sustentado por Soares (2010, p. 112):

O novo paradigma pós-positivista enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, oferecendo um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social.

A alternativa pós-positivista para a materialização de um direito justo passa pelo uso adequado dos princípios jurídicos, como reguladores teleológicos e axiológicos da compreensão do direito, ao permitir o desenvolvimento de uma interpretação capaz de materializar as exigências contingentes de justiça.

Deste modo, embora a Lei de Execuções Penais não disponha expressamente acerca da visita íntima como direito do preso, isso, por si só, não o infirma, tanto que é admitido na maioria dos estabelecimentos prisionais. Portanto enseja-se a necessidade de que o acesso à visita íntima seja universalizado como uma verdadeira garantia e não mera regalia⁵.

Neste sentido, Foureaux (2012, p. 164) é enfático ao sustentar que “vislumbramos que a restrição a visitas íntimas de presos militares

⁵ Exatamente sobre tal prisma, Soares (SOARES, 2010, p. 127) vai assentar que “as diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Decerto, entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana”.

em estabelecimentos militares fere o princípio da dignidade da pessoa humana, da intrascendência da pena, da individualização da pena e o da igualdade”.

Não por outra razão, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) fixou, por meio da Resolução nº 4, de 29 de Junho de 2011⁶, orientação

⁶ RESOLUÇÃO CNPCCP Nº 4, DE 29 DE JUNHO DE 2011 Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. O Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), no uso de suas atribuições e, Considerando a decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP); Considerando constituir-se a visita íntima em direito constitucionalmente assegurado a pessoa presa; Considerando dever se recomendar aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que envidem o máximo esforço no sentido de que as pessoas presas tenham condições de usufruir do direito da visita íntima; Considerando o atual Plano de Política Criminal e Penitenciária que dispõe que as diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos e que as condições sexuais devem ser consideradas inclusive no campo criminal e penitenciário, garantindo visita íntima à população carcerária LGBT; Considerando relatório do Grupo de Trabalho Interministerial Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino, editado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (2008): "Garantia em todos os estabelecimentos prisionais do direito à visita íntima para a mulher presa (hetero e homossexual)", resolve: Art. 1º A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas. Art. 2º O direito de visita íntima, é, também, assegurado às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva. Art. 3º A direção do estabelecimento prisional deve assegurar a pessoa presa visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês. Art. 4º A visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício. Art. 5º A pessoa presa, ao ser internada no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro ou parceira para sua visita íntima. Art. 6º Para habilitar-se à visita íntima o cônjuge ou outro parceiro ou parceira indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional. Art. 7º Incumbe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que

no sentido da plena garantia da visita íntima em todos os estabelecimentos penais brasileiros:

A visita íntima é entendida como a recepção pela pessoa presa, nacional ou estrangeira, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro ou parceira, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas às relações heteroafetivas e homoafetivas.

Outro importante passo no trato da matéria foi dado pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação, ao estatuir a Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, na qual resta também garantido o direito à visita íntima para a população LGBT em situação de privação de liberdade.

No mesmo sentido, reputa-se de grande alcance a inovação produzida pela Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, ao assegurar o direito à visita íntima aos menores infratores detidos.

São medidas que demonstram o reconhecimento a um direito que se pode observar das regras constitucionais, máxime porque o princípio do respeito aos presos pressupõe não apenas resguardar sua incolumidade física, mas também garantir condições morais e psicológicas para o cumprimento da pena.

possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização. Art. 8º A pessoa presa não pode fazer duas indicações concomitantes e só pode nominar o cônjuge ou novo parceiro ou parceira de sua visita íntima após o cancelamento formal da indicação anterior. Art. 9º Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar a pessoa presa, cônjuge ou outro parceiro ou parceira da visita íntima sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas e de doenças sexualmente transmissíveis. Art. 10. Fica Revogada a Resolução nº 01/99 de 30 de março do ano de um mil novecentos e noventa e nove (30/03/99). Publicada no DOU de 05/04/99, Seção 1. Art. 11, esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. GEDER LUIZ ROCHA GOMES.

Naturalmente que isso perpassa por atender a todas as necessidades humanas, inclusive as inerentes à relação sexual com a pessoa com quem mantenha laços afetivos.

Não é razoável supor que o Estado que pratica a violência da prisão possa ampliar tal violência, negando a visita íntima, muitas das vezes punindo o próprio condenado e também estendendo a sanção à esposa, companheira ou namorada. Isso definitivamente em nada favorece o atendimento do escopo principal da Lei de Execução Penal, que é justamente promover a ressocialização do encarcerado. A restrição da visita íntima, ou mesmo sua proibição, antes favorece o aviltamento maior do recluso e certamente um embrutecimento contínuo, em absoluto descompasso com o desiderato educativo da pena. Envilecer ainda mais o condenado é despertar ao longo do ergástulo todo um sentimento de revolta, conspurcando o pouco que resta da dignidade constituída pelos vínculos afetivos que mantém fora do cárcere.

A visita íntima, nas hipóteses alhures retratadas, situa-se como uma garantia decorrente da própria opção estatal pelo sistema punitivo vigente, não podendo ser negada por motivos de ordem administrativa, divorciados dos cânones constitucionais e em nítida *capitis diminutio* do recluso, indo muito além do quanto lançado na sentença penal condenatória, malferindo indubitavelmente os fundamentos que alicerçam o modelo de execução penal acolhido pelo ordenamento jurídico, por projetar consequências danosas para a ressocialização do apenado, mutilado na sua capacidade de expressão afetiva e familiar.⁷

⁷Para Foureaux (2012, p. 164), justificando que a visita íntima estará amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana “...o desejo sexual é natural e inerente a todo ser humano. A sua abstinência pode causar aflição, sofrimento psicológico e emocional, além de atos de violência nos detentos, inclusive, a ausência de visitas íntimas ou a proibição destas é um dos principais motivos de estupros ocorridos em celas no Brasil”.

PONDERAÇÃO DE INTERESSES: TUTELA DOS BENS CASTRENSES *VERSUS* PRINCÍPIO DO RESPEITO AOS PRESOS E DIGNIDADE HUMANA

Ponto de vital inflexão concerne à própria finalidade e eficiência do sistema militar, o qual, em consonância com o texto constitucional, agrega missões de magna relevância, autorizando-se a adoção de um modelo jurídico condizente com os valores e princípios que regem tal estrutura, de modo a garantir sua coesão. Essa singularidade faz com que o sistema se torne, muitas das vezes, impermeável a mudanças que se distanciam do sentido orgânico-funcional das Instituições Militares, focadas intensamente na tutela da segurança nacional. Nessa linha de consideração, é cabível alertar que a própria Constituição relativiza algumas garantias individuais, como no caso dos crimes propriamente militares e das transgressões disciplinares, em que os infratores poderão ser presos independentemente de flagrante ou de mandado judicial (art. 5º, LXI), descabendo, igualmente, o *habeas corpus* em relação às infrações disciplinares (art. 142, § 2º).

Tudo isso mostra que os valores que governam o contexto militar são, precipuamente, voltados para que as Instituições cumpram o seu papel de forma eficiente, considerando que a Defesa Nacional assume preponderância na organização, preparo e emprego das forças militarizadas.

Neste norte, não há como deixar de entrever que a Constituição eleva o grau de importância das atribuições conferidas às Instituições Militares, acatando certas exceções, que seriam justificáveis em contraposição ao modelo garantista, em decorrência da própria especificidade da atuação militar e da necessidade de um contínuo preparo das tropas, de modo a que promovam eficientemente a tutela da segurança nacional.

A proteção dos bens e interesses castrenses, portanto, ostenta evidente grau de destaque no ordenamento jurídico militar, recebendo do constituinte uma atenção diferenciada, com normas que revelam bem a dimensão dessa atividade indelegável, inadiável e essencial para o Estado.

Na contraponta desse tratamento distinto, em que são vedadas greves, sindicalizações e ainda se exige dedicação máxima, com demonstração diuturna da dignidade e compatibilidade para o exercício do *mínus* castrense, observa-se a imprescindibilidade de se colocar o militar no mesmo patamar de direitos e garantias fundamentais não vulnerados pela rigidez do sistema militar.

Com isso, quando o cometimento de uma infração disciplinar ou de um crime enseja o encarceramento do militar, não se pode deixar de reconhecer que deverá, igualmente, ser destinatário do mesmo respeito, com as garantias inerentes à supressão de sua liberdade individual.

Enquanto não destituído da condição de militar e lançado no modelo de execução penal comum, o militar terá o estabelecimento prisional militar como recinto para cumprimento de sua pena, devendo ser observados os direitos a que faz jus, inclusive, neste caso, a visita íntima.

E quanto a isso, acredito não se poder opor o fundamento de que a natureza dos bens e interesses tutelados no âmbito militar não se coadunaria com a concessão da visita íntima aos reclusos, por eventual exposição dos valores e princípios vetores deste singular *ethos*.

É que, sabidamente, embora haja previsão no Código Penal Militar que proíbe a prática de atos de libidinagem em lugar sujeito à administração militar, incluindo aqui naturalmente o próprio coito *inter femora* ou outra prática sexual, não é menos certo que tal regra se aplica apenas às hipóteses desautorizadas, de

modo que a regra pode e deve comportar exceções, em que se regula a possibilidade da visita íntima, sem incorrer em qualquer ofensa aos bens e valores militares. Imaginar que um militar, por exemplo, não possa se avistar intimamente com o cônjuge, durante os vários meses em que esteja cumprindo pena, apenas pelo argumento de que não se pode permitir o ato sexual em estabelecimento prisional militar por se situar em lugar sob administração militar, é, no mínimo, fugir ao debate sério que deve nortear o enfrentamento do problema, em claro menoscabo ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha argumentativa, é vital trazer a foco a questão da ponderação de princípios, valores e interesses, para avaliar as regras que garantem o direito à visita íntima em contraposição às regras que dão substrato ao rígido sistema castrense, inclusive com previsão de figura típica para as práticas ocorridas em área sujeita à administração militar.

Primeiramente vale lembrar com Ávila (2013, p. 166), ao se referir à finalidade prática que deve guiar a ponderação:

O dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito. (Destaques do original).

O que se observa, ao se discutir a questão da visita íntima nos quartéis, é exatamente o resguardo de uma garantia fundamental e a necessidade de se conciliar o seu atendimento com os valores castrenses representados pelo lugar em que se localiza o estabelecimento prisional, as suas rotinas e o seu sentido organizacional,

corporificando-se, em derradeira análise, aquilo a que se denomina de espírito de coesão⁸.

Em tal viés argumentativo, interessa saber se haveria em tempo de paz, em que as Instituições militares não estão envolvidas com qualquer esforço bélico, algum comprometimento na concessão do acesso à visita íntima aos militares em prisão provisória ou em cumprimento de penas definitivas.

Tudo converge para fazer acreditar que, embora a defesa das instituições democráticas e do próprio país seja de ordem prioritária, nada impede que se garanta aos presos militares o atendimento do quanto assinalado nas normas inscritas no arcabouço constitucional, e que representam o plexo de mínimas garantias conferidas a todo ser humano limitado em sua liberdade individual, incluindo o acesso à alimentação, saúde, educação, banho de sol, assistência religiosa e, por que não dizer, à controvertida visita íntima.

Postas as questões que aparentemente se antagonizam, o que se cogita é exatamente harmonizar os valores apontados, de modo que se alcance o necessário equilíbrio entre os princípios e regramentos constitucionais que protegem o preso e os que conferem poderes ao Estado (Instituições Militares), perseguindo-se aquilo que Dúring designa por síntese dialética das normas, de forma a se obter a otimização entre os valores em conflito.⁹

Sob a ótica constitucional, portanto, os valores que regem o edifício militar não são conspurcados, e nem reduzidos em seu alcance e importância, pela realização de outros valores igualmente significativos – dignidade humana

⁸ Vale dizer, a integração que deve existir entre os pares militares, sob o irrestrito sentido de acatamento da disciplina e hierarquia, de modo a impedir qualquer dispersão prejudicial à união de esforços que caracteriza a organização militar.

⁹ Citado por Ávila (2013, 166).



e respeito aos presos, que representam um norte a orientar todo o Estado na prossecução dos objetivos traçados na Carta Fundamental.

À luz de tais considerações, é de se apreender que, de forma equilibrada, deve a Administração Militar atentar para os valores que resguardam os direitos do preso em consonância com o primado da dignidade humana, adequando o espaço próprio para que o recluso militar possa, enquanto custodiado em estabelecimento militar, satisfazer suas necessidades físico-psico-afetivas, respeitando-se as regras inerentes às Instituições Militares.

4.1 A ausência de estrutura física nas organizações militares e o recente precedente do STF

Argumenta-se em abono da tese contrária à admissão de visita íntima nos aquartelamentos que os estabelecimentos prisionais militares estão localizados junto aos Corpos da Guarda, normalmente na entrada das Organizações Militares, em estruturas limitadas, completamente destituídas de espaço físico para a realização da visita íntima.

De fato, os fundamentos apresentados contêm razoabilidade, uma vez que, à exceção do Presídio de Marinha, os demais estabelecimentos militares destinados ao encarceramento disciplinar ou penal não possuem uma estrutura abrangente, normalmente contemplando poucas celas e uma pequena área para o banho de sol.

A permanecer tal estrutura, dificilmente haveria como, com dignidade, adotar um sistema de visita íntima, até porque a exposição seria inevitável, visto que tais estabelecimentos funcionam, repita-se, no mesmo edifício destinado ao Corpo da Guarda, o que poderia causar indesejáveis constrangimentos.

Assis (2012, p. 197), tomando por base a distinção entre estabelecimento militar, estabelecimento penal militar e penitenciária militar constante do Código Penal Militar, assevera que a plenitude da concessão da visita íntima é possível de ser aplicada nas penitenciárias militares e nos estabelecimentos penais militares (OMs adaptadas), sendo inviável sua aplicação nas Organizações Militares por excelência, as OMs ou OPMs, ou, como são vulgarmente conhecidas: os quartéis.

Diante de tal quadro, outra alternativa não resta a não ser a de que o Ministério Público Militar, em consonância com a recente Decisão emanada da Suprema Corte Federal, possa vindicar a realização das obras necessárias para que os estabelecimentos prisionais militares passem pelas reformas que garantam a visita íntima para os reclusos, com um mínimo de privacidade e respeito. Com efeito, a Decisão lavrada nos autos de RE 592581/RS¹⁰, sacramenta, entre outras medidas, que:

¹⁰ EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I – É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II – Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III – Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.

É, de fato, uma Decisão que representa inegável marco divisor no trato das questões afetas ao sistema prisional brasileiro, definindo rumos até então inimagináveis, já que possibilita que o Ministério Público provoque o Poder Judiciário em todas as situações que exijam adequação, de modo a se garantir o império do primado da dignidade da pessoa humana, com o respeito aos direitos dos presos.

Veja-se que nem é mais oponível o argumento da reserva do possível, que normalmente permeava os debates, restringindo as possibilidades de concretização das melhorias indispensáveis à submissão responsável de seres humanos ao encarceramento. A partir de tal relevante precedente, o Poder Judiciário poderá concitar o Executivo a empreender as ações que se fizerem necessárias, não mais havendo guarida para a frágil tese de escassez de recursos, como bem pontificado pelo Relator do feito:

Para o ministro, não cabe também falar em falta de verbas, pois o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de verbas da ordem de R\$ 2,3 bilhões, e para usá-los basta que os entes federados apresentem projetos e firmem convênios para realizar obras. Mas, para Lewandowski, não existe vontade para a implementação de políticas, seja na esfera federal ou estadual, para enfrentar o problema.

Com isso, concluiu que a chamada cláusula da reserva do possível também não pode ser usada como argumento para tentar impedir a aplicação de decisões que determinem a realização de obras emergenciais.¹¹

IV – Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V – Recurso conhecido e provido.

¹¹ *In* RE 592581/RS.

Por conseguinte, tendo em conta que, conforme remarcado no Decisório em análise, o Ministério Público detém legitimidade para requerer em juízo a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo para concretizar a garantia de direitos fundamentais coletivos, e que cabe ao Judiciário agir para garantir aos presos tratamento penitenciário digno, como forma de preservar seus direitos fundamentais, força é convir que tal ilação se estende aos órgãos do Ministério Público Militar e ao sistema prisional militar, de maneira que todas as necessárias obras para acolher condignamente os reclusos não de devam ser deflagradas por meio dos instrumentos competentes, incumbindo à Justiça Militar da União determinar a concretização de tal obrigação.

5 CONCLUSÃO

A visita íntima nos estabelecimentos penais comuns ou militares constitui não uma regalia, mas uma garantia constitucional respaldada tanto pelo princípio da dignidade humana quanto pelo princípio do respeito ao preso.

Ademais, o sistema prisional, seja qual o nível, precisa humanizar-se cada vez mais, de modo que o acesso ao afeto possa proporcionar condições mínimas de dignidade para o recluso, contribuindo para sua recuperação, assim como outros importantes mecanismos de caráter ressocializante, como o trabalho e a educação.

Por outra rota e apenas para incrementar as reflexões sobre o tema, não se pode olvidar dos aspectos da afetividade que tangenciam a discussão, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio em muito valoriza a unidade familiar e os laços que dela possam resultar, de modo que todo o esforço que venha a ser empreendido para

recuperação do recluso, no que pertine à manutenção, extramuros, das relações com os entes queridos (pais, esposa, filhos etc), certamente que favorece sua reinserção no âmbito social.

Com efeito, não é razoável supor que o preso consiga superar seus próprios flagelos confinado em uma cela e distanciado de toda e qualquer convivência além daquela com seus próprios pares de infortúnio. Demais disso, ao tolher a visita íntima, mais do que subtrair a liberdade como decorrência do veredicto condenatório, o Estado também faz incidir sobre as pessoas do círculo afetivo do apenado uma consequência que não poderia ser suportada por quem não cometera qualquer delito. É como se a pena ultrapassasse a pessoa do condenado, projetando efeitos sobre outros seres humanos não alcançados pela sentença judicial, mas que estão ligados por fortes vínculos ao preso, dele necessitando atenção, ainda que esporádica, para poder continuar, com a dignidade possível, a reconstruir os alicerces de suas vidas irremediavelmente alcançadas pela prisão do ser amado.

O sistema prisional militar, por mais particularizado que seja, na medida em que se propõe a abrigar presos provisórios ou definitivos, não pode se distanciar das linhas mestras que regem a execução penal, devendo-se ajustar para oferecer as condições que atendam às garantias legais e constitucionais vigentes, nisso incluindo o próprio acesso à visita íntima.

Não se pode sustentar, ao menos em tempo de paz – em que não ocorram riscos tão imediatos para a segurança nacional, que se antepõem os valores e princípios castrenses como óbices à concretização plena dos demais princípios constitucionais que regem os presos, incluindo os reclusos militares, que, também em sua condição humana, hão de ser respeitados em suas carências durante a prisão, com direito à regular visita íntima do cônjuge ou companheiro (a). São valores em tensão que devem ser sopesados de forma coerente, a fim de

se extrair sua máxima concretização, otimizando-se o seu alcance. Sob tal prisma, é essencial que o acesso à visita íntima pelo preso militar se realize de forma absolutamente condizente com as normas que governam o ambiente militar, devendo haver espaço condignamente estruturado, onde prevaleça o recato e a privacidade.

De tudo quanto versado, fica a convicção de que incumbirá ao Ministério Público Militar, nos termos do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, buscar as adequações que se fizerem necessárias nos estabelecimentos militares, de modo a resguardar as mencionadas garantias e alcançar a máxima efetividade das normas constitucionais examinadas.

6 REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, J. C. / LAMAS, C. R. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. 3. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



CUNHA, S. S. *Princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUREAUX, R. *Justiça Militar: aspectos gerais e controversos*. São Paulo: Fiúza, 2012.

LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Forense: Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2009.

SOARES, R. M. F. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. Saraiva, São Paulo, 2010.

