Visita íntima a detentos em presídios — possibilidade de condicionamento e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis*
Private visiting in prisons — conditioning and restriction possibilities in order to avoid sexually transmitted diseases

*Flávio de Araújo Willeman***

RESUMO

Este trabalho acadêmico busca discutir a possibilidade de restrição ou de condicionamento de direitos de detentos, entre eles o de receber visita íntima. O objetivo do estudo é discutir a possibilidade de o poder público restringir direitos em relações jurídicas especiais de sujeição ao poder estatal.

* Artigo recebido em fevereiro de 2012 e aceito em março de 2012.

** Procurador do estado do Rio de Janeiro e advogado. Mestre em direito pela Universidade Candido Mendes (Ucam). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da UCM. Professor dos cursos de pós-graduação da FGV e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Autor dos livros: *Responsabilidade civil das agências reguladoras* (Lumen Juris) e *Tópicos de direito administrativo* (Lumen Juris).

PALAVRAS–CHAVE

Visita íntima — detento — restrição — saúde pública — relação especial de sujeição

ABSTRACT

This academic study aims at the search for the discussion of the restriction or conditioning possibilities or the inmates to have the privilege of receiving an intimate visit. The objective of this work is to consider the possibility of the public power to restrain the rights in a special legal relationship of submission to the State power.

KEY-WORDS

Intimate visit — inmate or prisoner — restriction— public health — special relation of submission

1. Introdução

Neste artigo buscar-se-á enfrentar a discussão a respeito da possibilidade de o poder público editar norma jurídica para regular e regulamentar a realização de visita íntima a presidiários e presidiárias que se encontram reclusos no sistema carcerário, com vistas a impedir o contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

O tema é polêmico e de grande relevância, na medida em que envolve discussão relativa à proteção de possíveis liberdades individuais — *como a disposição do próprio corpo e da vida* — e as obrigações inerentes ao Estado, ligadas à necessária defesa e promoção da saúde pública e da intangibilidade da integridade física e mental dos presos acautelados sob sua responsabilidade.

Por certo, aos que entendem ser direito fundamental do cidadão, sob custódia do Estado ou não, a disposição do próprio corpo e, assim, da sua vida, seria inconstitucional qualquer regra estatal que venha a limitar o suposto direito à visitação íntima de presidiários, sob o argumento de protegê-lo — ou ao seu parceiro(a) — dos perigos do contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

Poder-se-ia argumentar, também, que a regulação da visitação íntima em presídios por parte do Estado, para impedir o contágio de doenças sexualmen-

te transmissíveis, viola o *princípio da igualdade*, na medida em que se não pode o Estado impedir que pessoas livres mantenham relações sexuais inseguras e, assim, a exposição da própria vida, não poderia, por igual, se imiscuir na liberdade de opção de pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional.

Diante desse quadro, talvez uma indagação seja suficiente para nortear todas as discussões que circundarão o tema deste artigo: *detectada doença sexualmente transmissível em qualquer dos parceiros (detento ou visitante), qual postura deverá adotar o Estado?*

2. Ausência de direito subjetivo fundamental de detentos à visitação íntima

A despeito da análise jurídica que se fará, importante registrar que o estado do Rio de Janeiro (ERJ) possui normas que disciplinam o problema. O Decreto Estadual nº 8.897/86 (Regulamento do Sistema Penal do ERJ) regulamentou a Lei Federal nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais — LEP), e, no artigo 67, I "b", estabeleceu que a visita íntima é uma "benesse" que pode ser concedida pela administração penitenciária para presos reclusos no sistema prisional em regime integralmente fechado.

Ainda no que diz respeito ao estado do Rio de Janeiro, necessário registrar que a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (Seap) editou a Resolução Seap nº 142/2006 que, nos artigos 18 a 21, disciplinou os requisitos para a fruição da referida "benesse" pelos presos e visitantes, entre eles a apresentação de exames que atestem a higidez dos interessados. Confiram-se os dispositivos legais citados:

> Art. 18 — Será concedida ao(à) preso(a) a visita íntima de seu cônjuge ou companheiro(a).
>
> Parágrafo Único: Não haverá visita íntima na Casa de Custódia.
>
> Art. 19 — O requerimento para concessão do benefício de que trata o artigo anterior será feito no Serviço Social da respectiva Unidade, atendendo aos seguintes requisitos:
>
> I. Não estar o(a) interessado(a) classificado(a) no índice de aproveitamento negativo ou neutro, em decorrência da falta disciplinar;
>
> II. Não estar o(a) interessado(a) usufruindo da concessão de Visita Periódica à Família (VPF);

> III. Ter sido concedido credenciamento ao cônjuge ou companheira(o), atendendo às exigências previstas no Título I desta Resolução, referentes a esta categoria de visitante;
>
> **IV. Estarem ambos os interessados em perfeitas condições de saúde física e mental;**
>
> **§ 1º — A condição de saúde física e mental do(a) interno(a) será avaliada pelos médicos do quadro pessoal da Seap, mediante solicitação do Serviço Médico da Unidade de, no mínimo, os exames de hemograma e o VDRL;**
>
> **§ 2º — As mulheres e os homens livres candidatos à visita íntima deverão comprovar seu estado de saúde física e mental, mediante apresentação ao Serviço Médico da Unidade de atestado médico, emitido por órgão de saúde pública.**
>
> Art. 20 — A Coordenação de Saúde da Seap, em dia, local e hora previamente estabelecidos, promoverá Palestra sobre doenças sexualmente transmissíveis (DST/HIV/Aids) para os(as) candidatos(as) à visita íntima, sendo a frequência facultativa, mediante assinatura de termo de responsabilidade.
>
> Art. 21 — O processo de visita íntima, devidamente instruído na forma dos artigos anteriores, será encaminhado ao diretor da Unidade Prisional que, após ouvir os demais membros da Comissão Técnica de Classificação, definirá ou não o pedido, expedindo-se ao cônjuge ou companheiro(a) uma carteira para ingresso nos dias de visita íntima.

Feito o registro acima, adianta-se a conclusão central do trabalho, no sentido de que não há inconstitucionalidade e/ou ilegalidade em normas que imponham o dever de **o(a) detento(a) e o(a) visitante**, antes de visitas íntimas, apresentarem exames que atestem a higidez dos parceiros. Passa-se, então, à fundamentação dessa posição jurídica à luz das regras e princípios constitucionais vigentes.

Com a licença devida aos que entendem de modo contrário, não há direito subjetivo do preso ao recebimento de visita íntima. O detento possui, a teor do artigo 41, X, da Lei Federal nº 7.210/1984 (LEP), o direito de receber a "*visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*". No rol de direitos dos detentos, previsto na Lei de Execuções Penais, **não está o de receber visitas íntimas**. Todavia, ainda que se extraia o direito à visita íntima das regras e princípios constitucionais (arts. 5º e 6º da CRFB/88 — o

que se acredita não ser possível, data vênia) ou mesmo de legislações federal ou estaduais esparsas, não pode ele ser compreendido de forma absoluta; tem de ser interpretado, e, se necessário, **limitado, condicionado e/ou restringido**, de modo a ser compatibilizado com os demais pressupostos e obrigações do Estado previstos na Constituição da República, tal qual o de garantir a saúde e a segurança dos presos e das pessoas que com eles se relacionem, sobretudo intimamente e dentro das dependências do poder público.

A respeito da possibilidade de se impor limites e condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais — *o que, com o devido respeito, sequer é a qualificação atribuível ao "direito" à visita íntima em presídios* —, colham-se as lições do constitucionalista português Jorge Miranda, que identifica, para tanto, a necessidade de se fazer a distinção entre "restrição", "condicionamento" e "limites" ao exercício de certos direitos:

> I — Para se apreender o pleno alcance da regra do carácter restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias há que começar por distinguir o conceito de restrição de outros conceitos, como os de limite ao exercício de direitos, condicionamento, regulamentação, concretização legislativa, autorruptura da Constituição, dever e suspensão.
>
> A restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objetiva; o *limite* ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; **o limite reporta-se a quaisquer direitos**. **A restrição funda-se em razões específicas**; o limite decorre de razões ou condições de caráter geral válidas para quaisquer direitos (moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática, para recordar, de novo, o art. 29º da Declaração Universal).
>
> **O limite pode desembocar ou traduzir-se qualificadamente em *condicionamento*, ou seja, num requisito de natureza cautelar de que se faz depender o exercício de algum direito**, como prescrição de um prazo (para o exercício de um direito), ou de participação prévia (*v.g.* para realização de manifestações), ou de registro (para o reconhecimento da personalidade jurídica de associação), ou de conjugação com outros cidadãos num número mínimo (para a constituição de partidos), ou

> de posse de documentos (por exemplo, passaportes), ou de autorização vinculada (para a criação de escolas particulares e cooperativas). **O condicionamento não reduz o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ônus**.
>
> Uma coisa é a *regulamentação* ou preenchimento ou desenvolvimento legislativo (ou, porventura, convencional) do conteúdo do direito; outra coisa a *restrição* ou diminuição ou compressão desse conteúdo. Uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de classificação ou de delimitação de direitos, outra coisa é restringir com vista a certos e determinados objetivos constitucionais. (...).[1] (negritei)

Tem-se, pois, que é plenamente possível ***limitar com condicionamentos e/ou restringir*** direitos fundamentais, e, com muito mais razão, o direito de visita íntima de detentos, para salvaguardar o interesse público (tal qual permitido, expressamente, pelo artigo 41, parágrafo único da Lei de Execuções Penais), máxime para priorizar políticas preventivas que visem a implementar medidas de saúde pública, **inclusive da população carcerária**. Mais: crê-se que é possível ao Estado limitar e/ou, eventualmente, restringir totalmente o direito à visita íntima para resguardar o poder público do seu ônus irrenunciável de proteção à incolumidade do detento que está sob a sua custódia, **bem assim do ônus de ser responsabilizado civilmente,**[2] caso um detento ou mes-

---

[1] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV — Direitos Fundamentais. p. 297-298.

[2] Importante registrar, guardadas as devidas ressalvas pessoais acerca do desacerto da posição, que a orientação da jurisprudência do STJ, em caso de morte de detento em penitenciárias, é no sentido de que o poder público é responsável pela incolumidade do preso, devendo protegê-lo, inclusive, para atitudes que atentem contra a própria vida. Por isso, tem o STJ entendido que o poder público é responsável civilmente nas hipóteses em que detentos cometem suicídio dentro do cárcere. Confira-se:

"**INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO. SUICÍDIO. PRESO.** Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada pelo MP, pleiteando indenização por danos morais e materiais, bem como pensão aos dependentes de preso que se suicidou no presídio, fato devidamente comprovado pela perícia. A Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado, fixando em 65 anos o limite temporal para o pagamento da pensão mensal estabelecida no Tribunal *a quo*. Outrossim, destacou o Min. Relator já estar pacificado, neste Superior Tribunal, o entendimento de que o MP tem legitimidade extraordinária para propor ação civil *ex delicto* em prol de vítima carente, enquanto não instalada a Defensoria Pública do Estado, permanecendo em vigor o art. 68 do CPP. **Para o Min. Teori Albino Zavascki, o nexo causal que se deve estabelecer é entre o fato de estar o preso sob a custódia do Estado e não ter sido protegido, e não o fato de ele ter sido preso, pois é dever do Estado proteger seus detentos, inclusive contra si mesmos**". REsp 847.687-GO, rel. min. José Delgado,

mo uma pessoa visitante venha a ser contaminado com doenças sexualmente transmissíveis, decorrentes da visitação íntima insegura.

A respeito da possibilidade de o Estado limitar ou restringir o direito à visitação íntima de detentos, por ato motivado, quando conflitar com o interesse público, confira-se a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entende tratar a hipótese de **conduta discricionária** do estado:

> 0145053-68.2004.8.19.0001 — APELAÇÃO — 1ª Ementa
>
> DES. MÔNICA COSTA DI PIERO — Julgamento: 2/9/2010 — OITAVA CÂMARA CÍVEL.
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. REBELIÃO. BANGU III. PRESO. DIREITO À VISITAÇÃO ÍNTIMA. 1. Autor que pretende ver restabelecido o direito de visitação íntima no presídio Bangu III, unidade carcerária na qual se encontra abrigado, apoiando seu pedido na ilegitimidade do ato administrativo que suspendeu o benefício. 2. **Tese que não merece guarida, porquanto inexiste no ordenamento jurídico pátrio lei que confira direito subjetivo ao preso de visitação íntima, o qual se constitui um benefício concedido pela Administração Penitenciária, mediante a análise dos critérios de conveniência e oportunidade. 3. A Lei de Execuções Penais (art. 41, inciso X), que prescreve os direitos do preso, estabelece apenas a possibilidade de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, como forma de não excluir a convivência do abrigado de seus familiares. 4. O direito do preso à visita pode ser restringido ou suspenso, motivadamente, pela Administração Penitenciária, conforme previsão contida no**

1ª Turma, julgado em 17/10/2006. No mesmo sentido foi a decisão recente do STF, quando do julgamento do AI 799789/GO — Goiás, ocorrido em 19/5/2010, rel. min. Ricardo Lewandowski. "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. OMISSÃO ESTATAL. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I — O Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos. Precedentes. II — Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência de nexo causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III — Agravo regimental improvido."

art.41, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais. 5. Não há qualquer ilegalidade no ato administrativo que suspendeu a realização de visitação íntima, não sendo facultado ao Judiciário imiscuir-se no mérito da Administração Pública, sob pena de se infringir o princípio da separação dos Poderes. 6. O ato impugnado não pode ser considerado como atentatório do princípio da dignidade da pessoa humana, quando sopesados com outros valores essenciais, bem como aqueles destinados à preservação da ordem e da segurança do estabelecimento prisional. 7. Diante da ausência de qualquer ilicitude praticada pelo recorrido, não há que se falar em dano moral a ser indenizado. 8. Recurso ao qual se nega seguimento.

44947-09.2004.8.19.0001 — APELAÇÃO — 1ª Ementa

DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA — Julgamento: 26/7/2010 — SEXTA CÂMARA CÍVEL

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **DIREITO DO PRESO À VISITA ÍNTIMA. SUSPENSÃO PELA AUTORIDADE CARCERÁRIA. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.210/84**. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.

0145018-11.2004.8.19.0001 — APELAÇÃO — 1ª Ementa

DES. ELISABETE FILIZZOLA — Julgamento: 6/7/2010 — SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. VISITA ÍNTIMA. PRESO. SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE. Constitui direito do preso a visita do seu cônjuge ou companheira, na forma do art. 41, X da Lei nº 7.210/84. **Todavia, o mesmo dispositivo no seu parágrafo único dispõe acerca da possibilidade de restrição ou mesmo suspensão deste direito, mediante ato motivado do diretor do presídio, sendo certo ainda não dispor o supramencionado artigo sobre a visitação para fins sexuais**. **O di-**

> **reito do detento a receber visita de caráter sexual não é subjetivo, cabendo à Administração Penitenciária avaliar a oportunidade e a conveniência da adoção da medida, por tratar a sua suspensão de ato discricionário**. A suspensão de visita íntima aos presos reputa-se legal, mormente quando a medida foi tomada após rebelião em que resultou a morte de funcionário público, não tendo ocorrido qualquer violação aos princípios da adequação, motivação, moralidade administrativa e da razoabilidade, inexistindo, portanto, na hipótese, fundamento apto a amparar a pretensão do autor, ora apelante, em ser indenizado a título de danos morais. Manutenção da sentença. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que também entende **não existir direito subjetivo do preso à visitação íntima**, e que compete ao poder público, uma vez consentindo com tal visita, ordenar o modo do seu acontecimento de acordo com as circunstâncias que melhor atendam ao interesse público:

> RECURSO ESPECIAL Nº 956.514 — RJ (2007/0065449-5)
>
> RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
>
> RECORRENTE: IPOJUCAM SOARES DE ANDRADE
>
> ADVOGADO: ROSÂNGELA ESTEVES DA FONSECA — DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
>
> RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
>
> PROCURADOR: SAINT-CLAIR SOUTO E OUTRO(S)
>
> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VISITA ÍNTIMA. SUSPENSÃO OU RESTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO CONDENADO NO ATO DE INDISCIPLINA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE (SÚMULA 7/STJ).
>
> DECISÃO
>
> Trata-se de recurso especial interposto pelo IPOJUCAM SOARES DE ANDRADE, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

AGRAVO INOMINADO. VISITA ÍNTIMA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. O direito do preso à visita íntima pode ser restringido, motivadamente, pela Administração Penitenciária como previsto no art. 41 Parágrafo Único da Lei de Execuções Penais. Precedentes do TJ/RJ e do STJ. Improvimento do recurso.

Alega o recorrente negativa de vigência ao artigo 41, X, da Lei de Execuções Penais, sustentando, em síntese, que foi penalizado indevidamente, pois não participou da rebelião ocasionada na Penitenciária de Bangu III, sendo cerceado o seu direito de visita íntima sem o devido processo legal (fl. 71).

Contrarrazões apresentadas a fls. 80/92.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 141/143).

É o relatório.

A irresignação não merece prosperar. Inicialmente, no tocante à preliminar de intempestividade levantada pelo Ministério Público Federal, cumpre salientar que a Defensoria Pública possui a prerrogativa de intimação pessoal e prazo em dobro, conforme o art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e art. 44, I, da LC 80/94.

Passo à análise do mérito do recurso especial. Com efeito, sustenta o recorrente que "... a proibição à visita íntima afetou a todos os detentos, mesmo àqueles que, como o autor, não participou do ato de rebeldia" (fl. 70).

Contudo, como é notório no parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais, esse direito pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do presídio, não havendo óbice, in casu.

Ademais, para acolher a pretensão do recorrente no sentindo da sua não participação na rebelião em questão, seria necessário examinar fatos e provas dos autos, o que é inviável na via eleita de acordo com a Súmula 7 desta Corte.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE NO ATO DE INDISCIPLINA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. O agravante foi acusado de ter agredido outro detento, o que constitui falta grave, a teor do art. 52 da Lei de Execução Penal, não se mostrando possível enfrentar, na via estreita do recurso especial, a alegação de insuficiência de provas de sua participação na prática do mencionado ato, por demandar, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório (enunciado nº 7/STJ).

2. É de ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos, eis que afinada com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, comprovada a falta grave do condenado durante o cumprimento da pena, deve o Juízo da Execução declarar a perda dos dias remidos pelo trabalho, nos termos do art. 127 da Lei nº 7.210/1984.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 901580 / RS, rel. min. PAULO GALLOTTI, DJe 16/6/2008)

Posto isso, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 14 de maio de 2009. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) Relator (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 994.416 — RJ (2007/0297225-4)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: IVAIR WAGNER GOMES

ADVOGADO: LUIZ ANTÔNIO VIEIRA DE CASTRO — DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

AGRAVADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA E OUTRO(S)

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO APONTADO QUE NÃO POSSUI COMANDO PARA INFIRMAR A FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF.

1. O dispositivo indicado como violado não tem comando capaz de infirmar a fundamentação do aresto recorrido. Aplicação do princípio estabelecido na Súmula 284 do STF.

2. Agravo de Instrumento não provido.

Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL — CONSTITUCIONAL — ADMINISTRATIVO — PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL — AS VISITAS ÍNTIMAS NÃO CONSTITUEM DIREITO SUBJETIVO DO APENADO — VISITAS ÍNTIMAS SUSPENSAS EM RAZÃO DE REBELIÃO EM PRESÍDIO — BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA — PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO EM RELAÇÃO AO INTERESSE PARTICULAR — DANO MORAL INEXISTENTE — SENTENÇA CORRETA — DESPROVIMENTO DO APELO (fl. 64).

O recorrente, nas razões do REsp, alega violação do art. 41, X, da Lei de Execuções Penais, sob o argumento de que o ato da Administração Penitenciária de Bangu III que determinou a suspensão das visitas íntimas ao preso é ilegal. Requer, portanto, a declaração de nulidade do ato administrativo cumulado com o pagamento de danos morais. Contraminuta apresentada às fls. 96-98.

É o relatório.

Decido.

A irresignação do Agravante não merece prosperar, pois o art. 41, X, da Lei de Execuções Penais é claro ao prever que o preso tem direito de ser visitado por cônjuge, parentes e amigos, não se referindo à pleiteada visita íntima.

Dessa forma, o dispositivo indicado como violado não tem comando capaz de infirmar a fundamentação do aresto recorrido. Aplicação do princípio estabelecido na Súmula 284 do STF. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DISPOSITIVO QUE NÃO CONTÉM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO EMITIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição Federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de matéria constitucional.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 892.575/SP, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/3/2007, DJ 12./4/2007, p. 250).

TRIBUTÁRIO — CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA — ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DO RECURSO — PARADIGMA QUE ENFRENTA A MATÉRIA DE MÉRITO — AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA — PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — IMPOSSIBILIDADE.

1. Evidente a pretensão infringente buscada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende ver alterado o acórdão que indeferiu o processamento dos embargos de divergência pela ausência de similitude fática entre os acórdãos, os quais considerou violados.

2. Conforme restou consignado, o acórdão embargado negou provimento ao agravo regimental, sem apreciar-lhe o mérito, por entender incidir a Súmula 284/STF. Por seu turno, o julgado apontado como paradigma apreciou o mérito da questão quando pronunciou-se no seguinte sentido: "A responsabilidade do dono da obra pelas contribuições previdenciárias é subsidiária à do construtor, nos termos que enuncia a Súmula 126/TFR, mesmo após o advento da Lei n. 8.212/91".

3. O acórdão da Primeira Turma não analisou o mérito, propriamente dito; entendeu apenas que o artigo apontado como violado não contém o comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido, aplicando, por analogia, o teor da Súmula 284/STF.

4. Apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento; porquanto, matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 761.964/RS, rel. ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/3/2008, DJ 24/3/2008 p. 1)

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo de Instrumento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 21 de maio de 2008. MINISTRO HERMAN BENJAMIN — Relator (grifei)

Se assim é, e efetivamente o é, não há falar-se em inconstitucionalidade, *por violação dos princípios da isonomia e da não discriminação*, da norma editada pelo poder público que venha a limitar, restringir ou mesmo condicionar o direito de detento à visita íntima à apresentação, prévia, de exames de saúde do(a) visitante e do(a) detento(a) visitado(a).

Isto porque, por expressa disposição constitucional, a **vida** e a **saúde** são direitos fundamentais e sociais INVIOLÁVEIS do cidadão e, nos termos do artigo 196 da CRFB/88, É DEVER do Estado protegê-los, inclusive com medidas preventivas que reduzam o risco de contaminação de doenças: "Art. 196. **A saúde é direito de todos** e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não fosse isso, digno mencionar que também **é dever do Estado garantir a incolumidade física e moral dos detentos** (art. 5º, XLIX da CRFB/88), protegendo-os, assim como aos visitantes, do contágio de doenças (art. 14 da Lei de Execuções Penais).[3]

3. Constitucionalidade das regras de política penitenciária que condicionam e/ou restringem a visitação íntima em presídios à prévia realização de exames de saúde e à comprovação de higidez

Chegada à conclusão de que não há direito subjetivo do preso ao recebimento de visita íntima e, consequentemente, que pode o poder público, de forma motivada e justificada, editar normas que regulem este pseudodireito à luz do interesse público, dúvidas outras surgem. De que forma poderá o Estado limitar e/ou restringir o direito à visitação íntima, caso se verifique que o(a) detento(a) ou o(a) visitante sejam portadores de doenças sexualmente transmissíveis? Que medidas poderá adotar?

Tem-se que deve o Estado, inicialmente, informar imediatamente às pessoas envolvidas e alertá-las sobre a doença e os riscos de sua transmissão a partir de contatos sexuais. Mas não é só; os deveres do Estado para com os

[3] "Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico."

detentos e seus visitantes não param na simples comunicação/informação de que um deles é portador de doença sexualmente transmissível, na medida em que se sustenta neste trabalho que as referidas pessoas não possuem a liberdade/discricionariedade de decidirem, sabedores da doença, pela realização de sexo seguro ou inseguro. Esta posição jurídica, ***que relativiza o direito do cidadão à disposição do próprio corpo e da própria saúde***, pode ser explicada e fundamentada a partir de uma simples constatação de fato: tudo estaria a acontecer dentro de presídios públicos e com pessoas (ambas, inclusive o visitante no momento da visita) que estão, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau de intensidade, sob a responsabilidade do poder público.

De sustentar-se que o Estado, sabendo que um(a) detento(a) ou um(a) visitante seja portador(a) de doença sexualmente transmissível, não pode, simplesmente, comunicar o fato aos interessados e "lavar as mãos" para as possíveis consequências nefastas para a saúde de ambos **e, sobretudo, dos demais detentos que se incluem na população carcerária**. Isto, a meu sentir, constitui ***omissão constitucional específica do poder público***, e representa renúncia à proteção aos **direitos fundamentais**, ***em sua dimensão objetiva***, de garantia de incolumidade aos detentos e de preservação da vida.

A propósito, importante citar a doutrina de Ingo Sarlet acerca do conceito da ***dimensão objetiva dos direitos fundamentais*** e da consequente obrigação do poder público de editar medidas e/ou políticas públicas para protegê-los:

> Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra atos do poder público, mas (...), além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.
>
> (...)
>
> Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, **diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados**. Esta incum-

> bência, por sua vez, desemboca na **obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.**"[4] (sem grifos no original)

A referida ***dimensão objetiva dos direitos fundamentais***, conforme é possível inferir da transcrição acima, pode ser desdobrada na ***Teoria dos Deveres de Proteção***, oriunda da construção jurisprudencial alemã, por meio da qual se impõe ao Estado o dever de interferência em relações jurídicas privadas para salvaguardar e fomentar a aplicação dos direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de Jane Reis Gonçalves Pereira:

> A teoria dos *deveres de proteção* do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. **Essa noção está ligada à ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos**.
>
> (...)
>
> De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram. (...).
>
> Recentemente, vem sendo apontada uma tendência na doutrina germânica em empregar a teoria dos deveres de proteção para explicar a aplicação dos direitos fundamentais em relações *inter privatos*. **Em outras palavras, o Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que os outros cidadãos os respeitem**. Assim, o titular de um direito fundamental

[4] SARLET, Ingo Wolfgan. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 143 e 149-150.

> é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.[5] (sem grifos no original)

Em razão das considerações acima expostas, tem-se que o Estado, uma vez detectada doença sexualmente transmissível no(a) detento(a) ou no(a) visitante, pode e deve ***limitar e/ou restringir*** o exercício do direito à visita íntima, com o fim de proteger a **saúde pública** e a **vida** (direitos fundamentais natos) não só dos pretendentes à visita, **mas também, e sobretudo, da população carcerária**. Resta saber em que medida e em que situações poderá o Estado limitar e/ou restringir a visitação íntima, de modo a razoavelmente atuar, sem sacrificar desproporcionalmente os interesses em questão.

Crê-se que compete ao poder público, de modo irrenunciável e por disposição constitucional, garantir a incolumidade do detento e da população carcerária em grau mais elevado. A proteção ao visitante deve existir, mas por não estar ele custodiado e sob a responsabilidade integral do Estado, terá maior liberdade para fazer sua escolha e assumir seus riscos.

Nesta toada, sustenta-se que uma vez realizados e/ou apresentados os exames clínicos pelos pretendentes, se for descoberta doença sexualmente transmissível **no(a) visitante**, deverá o Estado, com o fim de garantir a incolumidade do preso — *e dos demais presos que compõem a população carcerária* — e por não ter a certeza de que a visita íntima ocorrerá de forma segura, **restringi-la totalmente**, proibindo-a até que a doença seja curada; se não houver cura, como é o caso da Aids, não poderá a visita íntima acontecer em tempo algum com aquele visitante portador da doença,[6] ao menos enquanto o sujeito estiver na condição de detento e sob a responsabilidade do Estado. Ademais, a medida se mostra adequada e trará benefícios maiores do que a postura de se permitir livremente a visita íntima, ou, simplesmente, exigir dos personagens declaração de que irão se proteger para a não transmissão de doenças (*de se lembrar que o poder público não dispõe de meios pare aferir se, efetivamente, haverá proteção na relação decorrente da visita íntima*). Por isso, sustenta-se que a medida, apesar de drástica e restritiva, apresenta-se consentânea com o **princípio da razoabilidade**.

---

[5] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 468-469.

[6] Nota-se que não se está retirando, por completo, o direito à visita íntima do detento, nesta hipótese. Está restringindo integralmente a sua realização com pessoas que possuem doenças sexualmente transmissíveis e que não possuem cura. Nada impede que a visita íntima seja realizada pelo(a) referido(a) detento com outro(a) visitante que demonstre higidez.

Reafirme-se, uma vez mais, que não se está propondo a retirada, por completo, do "direito" à visita íntima do(a) detento(a), e, por isto, não se verifica hipótese de sacrifício total ou a imposição de renúncia[7] de um "direito" para a prevalência de outro. O que se propõe é a restrição integral à realização da visita íntima de detentos com pessoas que possuem doenças sexualmente transmissíveis e que não possuem cura. Nada impede que a visita íntima seja realizada pelo(a) referido(a) detento(a) com outro(a) visitante que demonstre higidez.

Reafirme-se que, na hipótese, o grau de intervenção ao "direito" à visitação íntima será mais intenso, tendo em conta o dever específico de agir do Estado — *sob pena de poder vir a ser responsabilizado civilmente* — de proteger o detento contra suas próprias condutas e contra atuação de terceiros, sem correr riscos, **bem assim a população carcerária**.[8]

Assim se conclui porque não se acredita existir, com o devido respeito dos que pensam em sentido contrário, medida menos invasiva e eficaz para proteger a incolumidade do preso e, sobretudo, **da população carcerária**, **sendo esta última "categoria", talvez, destinatária igual ou maior da política pública de prevenção à saúde por parte do Estado**.

Diferente será a situação em que os exames clínicos apresentarem doenças **no(a) detento(a)**. Para esta situação creio que o Estado, além de informar o problema ao custodiado e a ele ministrar o devido tratamento, estará devidamente resguardado se condicionar (limitar) a visitação íntima à declaração, de ambos (detento e visitante), que estão cientes da doença e que se comprometem a utilizar produtos e materiais aptos a evitar a transmissão de doenças, como medida razoável, vez que adequada e necessária à preservação da saúde, à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, bem assim à proteção à vida a partir de métodos que impeçam o contágio, nas dependências do

---

[7] A quem desejar aprofundar o tema da "renúncia a direitos fundamentais", recomenda-se a leitura do trabalho, com o mesmo tema, desenvolvido pelo jurista português Jorge Reis Novais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. V. I, p. 263-335.

[8] Respeitando as opiniões em contrário, não se apresenta factível, à luz do **princípio da realidade**, enfrentar o problema objeto deste trabalho sem cotejá-lo com a realidade das penitenciárias brasileiras, que estão, como de conhecimento convencional, "entulhadas" de detentos que sequer possuem local adequado para dormir. Permitir que pessoas com doenças contagiosas, por meio do sexo ou de outro contato físico, se espalhem no sistema carcerário é, por via oblíqua, possibilitar a disseminação de doenças, ao arrepio do comando do art. 196 da CRFB/88. A quem tiver curiosidade sobre os problemas penitenciários no Brasil, sugere-se a leitura do livro *A questão penitenciária*, de Augusto Frederico G. Thompson (Petrópolis: Vozes, 1976), que já em 1976 desvelava o desacerto e as perspectivas das políticas públicas para esse segmento.

Estado, de males que, por exemplo, podem não possuir cura na medicina (ex.: Aids) e que conduzem à morte.

Nesta segunda hipótese, sustenta-se que o grau de intervenção estatal no "direito" à visitação íntima pode ser atenuado, na medida em que não estará expondo a risco pessoas que estão sob sua custódia; ao contrário, estará informando a pessoas da sociedade os malefícios da doença e exigindo-lhes o uso de produtos que impeçam o contágio. Por isso, apresenta-se importante e indispensável ao Estado exigir que o detento e o visitante assinem "*termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades*", com o fim de resguardar a atuação preventiva e lícita do poder público. Se ainda assim o visitante, valendo-se da liberdade que o artigo 5º da CRFB/88 lhe confere, entender por bem realizar a visita íntima de forma insegura, ter-se-á, na hipótese, fato exclusivo seu, apto a romper qualquer nexo de causalidade na hipótese de vir a ser contaminado com a doença do detento.

Na hipótese de o(a) detento(a) e/ou o(a) visitante recusarem a assinar o "*termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades*", deve o poder público restringir integralmente o direito à visitação íntima, com o fim de resguardar a garantia de manifestação livre e consciente das pessoas envolvidas, bem assim de se resguardar contra possíveis ações indenizatórias, na hipótese de existir transmissão de doenças a pessoas que se apresentaram sadias antes da visitação.

A prerrogativa do Estado de ***limitar (com condicionamentos)*** e de **restringir** o exercício do direito à visitação íntima em presídios à prévia apresentação, pelo(a) visitante e pelo(a) visitado(a), de atestado de higidez, decorre do fato de as pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional integrarem uma ***relação especial de sujeição*** para com o poder público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a referida atuação limitadora.

Confira-se, a propósito, a doutrina de outro constitucionalista português, J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da possibilidade de condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais — *qualificação não compatível, nas conclusões deste estudo, com a visitação íntima de detentos* — de pessoas que se encontram em **relação especial de sujeição** para com o Estado:

> Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado *estatuto geral dos cidadãos*. **Mais há outras pessoas colocadas numa *situação especial* geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão**

> **como tal. Referimo-nos às chamadas *relações especiais*, tradicionalmente designadas de *relações especiais de poder (ou até estatutos de sujeição)*. Como exemplos, referem-se as situações** dos funcionários públicos, dos militares e **dos presos**.
>
> Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr . art. 270), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais (*princípio da exigibilidade*).
>
> (...)
>
> Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos *direitos fundamentais* mediante uma tarefa de *concordância prática e de ponderação* possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como "referência" instituições cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr art. 269, para função pública, e art. 275 para as Forças Armadas, e Acs do TC 31/84, 75/85 e 103/87).
>
> Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (*irrenunciabilidade dos direitos fundamentais)* nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitis deminutio*. Trata-se tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, *devendo encontrar o seu fundamento na Constituição* (ou estar, pelo menos, pressuposto).[9] (negritei e grifei)

Também se apresentam dignas de nota as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco sobre a possibilidade de se limitar o exercício de direito nas **relações especiais de sujeição**:

> **Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição**

[9] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999. p. 436-437.

singular diante dos poderes públicos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nestes casos uma duradoura inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. "A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela" (Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 159*).*

Notam-se exemplos de relações especiais de sujeição no regime jurídico peculiar que o Estado mantém com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internados em estabelecimentos públicos ou com estudantes em escola pública. O conjunto de circunstâncias singulares em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais. A "específica condição subjetiva [desses sujeitos] é fonte de limitações" (Ana Aba Catoira, ob. cit., p. 162).

(...)

O estatuto dessas relações especiais de poder deve ter fundamento na Constituição, admitindo-se a ordenação específica de alguns direitos, quando necessária para o atingimento dos fins constitucionais que justificam essas relações. A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Não se pode partir do pressuposto de que, nos casos de inclusão voluntária nestes estatutos, o indivíduo tenha renunciado aos direitos fundamentais (que são irrenunciáveis em bloco). A limitação aos direitos se torna admissível quando se construir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações hão de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.[10] (grifei e negritei)

Das lições doutrinárias acima colacionadas conclui-se ser possível ao poder público limitar, condicionar e restringir, progressivamente, a visitação

[10] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Coautores: Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325-326

íntima em presídios à prévia apresentação de atestado de higidez pelo visitante e pelo visitado, na medida em que, em juízo de *concordância prática*[11] e de *ponderação de valores constitucionais*[12] (liberdade e disposição do próprio corpo × saúde pública e direito à vida),[13] as medidas antes alvitradas (restrição total e, posteriormente, condicionamento) atendem aos *princípios da razoabilidade e da intervenção mínima*, vez que se apresentam adequadas para a implementação dos deveres irrenunciáveis do Estado previstos nos artigos 5º, XLIX, e 196, ambos da CRFB/88, de garantir a integridade física e moral dos presos, bem assim a saúde, "*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença*", e o direito fundamental à vida.[14]

Há ainda outro fundamento para legitimar o condicionamento e a restrição total do direito à visitação íntima em presídios por parte do Estado.

---

[11] A respeito do princípio da concordância prática, aplicável no campo da ponderação de direitos fundamentais — o que não cuida a hipótese deste trabalho, repita-se —, citem-se as lições de J. J. Gomes Canotilho: "Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o **princípio da concordância prática** impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.
O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens." (Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1150)
A propósito, confira-se a doutrina de Daniel Sarmento: "Vencida a etapa acima referida, defronta-se o intérprete com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes.
Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor 'compensações' recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro." (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 102).

[13] Nelson Nery Júnior afirma: "no choque entre direitos fundamentais (vida × liberdade), a opção do legislador é a de prestigiar a vida que corre perigo. A predominância do valor norteia a ação de quem se encontra, *v.g.*, por dever legal, na contingência de proceder manobras médicas para salvar o que carece de tratamento médico ou de intervenção cirúrgica imediata". (NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160)

[14] A propósito da concepção do direito à vida como o mais importante dos direitos fundamentais, confira-se a doutrina de Alexandre de Moraes: "A Constituição Federal garante que 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. **O Direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos.**
A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência." (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 65-66) (grifei)

Com efeito, não é possível olvidar que a **exposição de pessoas a perigo de vida, de contágio de doenças venéreas ou de moléstias graves <u>são crimes</u>** previstos nos arts. 130, 131 e 132, todos do Código Penal Brasileiro, conforme abaixo se comprova:

> **Perigo de contágio venéreo**
>
> Art. 130 — Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:
>
> Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa.
>
> § 1º — Se é intenção do agente transmitir a moléstia:
>
> Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> § 2º — Somente se procede mediante representação.
>
> **Perigo de contágio de moléstia grave**
>
> Art. 131 — Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:
>
> Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> **Perigo para a vida ou saúde de outrem**
>
> Art. 132 — Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:
>
> Pena — detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Ora bem. Crê-se não ser possível ao Estado, ciente de que alguém detenha alguma doença contagiosa (venérea ou não), permitir, livremente, a pretexto do exercício de uma liberdade e de disposição do próprio corpo e da própria vida, que em prédios públicos que abrigam pessoas em ***regimes especiais de sujeição*** (em presídios) sejam cometidos crimes capitulados no Código Penal. Ao contrário, tem o poder público o dever de impedir, com a formulação de políticas públicas que inibam condutas delituosas, e que protejam a saúde dos envolvidos, máxime da população carcerária.

4. Conclusões

Em razão das considerações antes expostas, sem esquecer que o tema proposto para este trabalho trata de questão jurídica difícil e de altíssima indagação, toma-se a liberdade de formular as proposições abaixo para, quem sabe, auxiliar na formulação de uma política pública da Administração Penitenciária do Estado brasileiro:

(i) é constitucional e legítimo ao Estado exigir de detento(a) e de visitantes, antes da realização da visita íntima, a apresentação de exames médicos que atestem a higidez de ambos;

(ii) detectada doença sexualmente transmissível **no(a) visitante**, o "direito" à visita íntima será integralmente restringido até que sobrevenham novos exames informando a cura. Se não houver cura para a doença, não poderá ser permitida a realização da visita íntima, como medida apta, necessária e proporcional para garantir a incolumidade do detento e da população carcerária;

(iii) detectada doença sexualmente transmissível **no(a) detento(a),** o "direito" à visita íntima será limitado e condicionado à ciência formal de ambos os pretendentes, bem assim da assinatura de um termo de ciência, compromisso e de assunção da responsabilidade de utilizar produtos que garantam que a visitação íntima ocorrerá de forma segura. Caso exista recusa na assinatura do referido "termo", estará o Estado legitimado a restringir totalmente a visitação íntima.

Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Coautores: Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. Tomo IV — Direitos Fundamentais.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. V. I, p. 263-335.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgan. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

THOMPSON, Augusto Frederico G. *A questão penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976.