

## DIREITO À VISITA ÍNTIMA NA JUSTIÇA MILITAR

Jorge Cesar de Assis<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 12.1. Existe um direito à visita íntima? – 12.2. A visita íntima e os estabelecimentos penais militares; 12.3. Conclusões sobre a visita íntima.

### 1 EXISTE UM DIREITO À VISITA ÍNTIMA?

Um pedido incomum ao início do III Milênio (*ao menos na Justiça Militar da União, ao menos na 3<sup>a</sup>. Auditoria da 3<sup>a</sup>. Circunscrição Judiciária Militar*), foi feito por um sentenciado que requereu notificação judicial ao Comandante do quartelamento onde cumpria pena para que aquela autoridade militar estabelecesse dia, hora e local para que o sentenciado pudesse receber visita íntima da esposa dele.<sup>2</sup>

Conquanto desde então esteja evoluindo favoravelmente à concessão, a questão ainda é polêmica, sendo de todo aconselhável delimitar até que ponto a chamada visita íntima é, ou não, um direito do preso, especificamente o preso militar.

Para César de Barros Leal (2000), Procurador do Estado do Ceará:

*A questão sexual é reconhecidamente um dos mais graves problemas que afetam o cotidiano das prisões, especialmente daquelas nas quais predomina a promiscuidade das relações interpessoais.*

*Alijado de seu ambiente familiar e social, o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras próprias impostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou envolver-se voluntariamente ou sob coação, em práticas homossexuais.*

Lembrou ainda o referido autor que em nosso país (o Brasil), embora para muitos a visita íntima seja um direito garantido aos presos pela Constituição Federal, essa não estava prevista nas Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil, fixados pela Resolução 14, de 11.11.1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), nem na Lei 7.210, de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal), que se refere, no art. 41, inc. X, somente a visita do cônjuge, da companheira, de

---

<sup>1</sup> MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PROMOTOR DA JUSTIÇA MILITAR EM SANTA MARIA-RS. SÓCIO FUNDADOR DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DAS JUSTIÇAS MILITARES – AIJM. MEMBRO CORRESPONDENTE DA ACADEMIA MINEIRA DE DIREITO MILITAR. COORDENADOR DA BIBLIOTECA DE ESTUDOS DE DIREITO MILITAR DA EDITORA JURUÁ.

<sup>2</sup> AUTOS DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº. 19/99-4, 3<sup>a</sup> AUD/3<sup>a</sup> CJM.

parentes e amigos em dias determinados, a qual pode ser suspensa ou restringida, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

A atividade legislativa visando a inclusão da visita íntima como sendo um dos direitos do preso não é recente. Já em 1999, foi apresentado no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 107, de 1999, em que é autora a Deputada Maria Elvira, alterando o art. 41 da LEP, incluindo o inc. XI (*visita íntima*) e renumerando os incisos subseqüentes.

Ao justificar o Projeto, a referida Deputada asseverou:

*sabe-se que a abstinência sexual imposta pode gerar danos à pessoa humana. Vários autores que tratam do assunto já realçaram que ela pode contribuir para o desequilíbrio da pessoa, aumento da violência e agressividade, favorecer condutas inadequadas e propiciar um aumento de tensão no estabelecimento prisional.*

Seguiram-se outros projetos alterando a Lei de Execução Penal, mais detalhados, e assegurando o respeito à orientação sexual do apenado e garantido a visita íntima para homens e mulheres em igualdade de condições:

**1 - PROJETO DE LEI Nº 4684 DE 2001 - Altera o art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal.**

Art. 1º Os inciso X e XI, do art. 41, da Lei 7.210, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.

41.....

*XI – manter relações sexuais, pelo menos um vez por semana, com cônjuge, companheiro ou companheira, namorado ou namorada, respeitada sua orientação sexual;*

**2 - PROJETO DE LEI Nº 1510, DE 2011 - Acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos.**

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1º** Esta lei acrescenta inciso XVII ao art. 41, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para permitir visita íntima em igualdade de condições e normas para presos de ambos os sexos.

**Art. 2º** O art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XVII:

“Art. 41. ....

XVII - Visita íntima em igualdade de condições e normas para ambos os sexos. Fica, ainda, assegurada visita íntima para presos (as) com orientação sexual homoafetiva.”

..... (NR)

Dentro desta ótica mais liberal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, expediu a Resolução 1, de 30.03.1999, publicada no Diário Oficial da União de 05.04.1999, na qual *“recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres fosse assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais”*, estabelecendo um *iter* a ser seguido para a realização da visita.

Note-se que, na oportunidade de sua edição, a citada Resolução não fez qualquer diferenciação inclusive quanto ao fato da visita íntima ser hetero ou homossexual.

A Resolução 01/1999, foi revogada pela Resolução CNPCP n. 4, de 29 de junho de 2011. Aperfeiçoando suas orientações, a Resolução n. 4/2011 *recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais.*

Considerou constituir-se a visita íntima em direito constitucionalmente assegurado a pessoa presa; ser 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; Considerou 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; Considerou 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)".

Assim, seu art. 1º define visita íntima 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.

Pelo seu art. 2º O direito de visita íntima, é, também, assegurado às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva.

Fixando uma periodicidade, o art. 3º da Resolução recomenda que a direção do estabelecimento prisional deve assegurar a pessoa presa visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês, sendo que 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.

Pelo art. 5º da Resolução 4/2011, A pessoa presa, ao ser internada no estabelecimento prisional, dele informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro ou parceira para sua visita íntima., sendo que, para habilitar-se à visita íntima o cônjuge ou outro parceiro ou parceira indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional.

Incumbirá à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização.

Pelo dispositivo do 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.

Campanhas pertinentes à prevenção do uso de drogas e de doenças sexualmente transmissíveis devem ser feitas simultaneamente.

Digno de nota igualmente é o Decreto Federal n. 6.049/2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, e que dispõe, em art. 95, que a visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça. Seu parágrafo único assevera, no entanto, ser proibida a visita íntima nas celas de convivência dos presos, medida por certo que visa, salvaguardar o casal beneficiado com a visita e evitar a promiscuidade sexual.

A Lei 12.594, de 18.01.2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, dispõe, em seu art. 68 que é garantido ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente em união estável o direito à visita íntima. De acordo com o parágrafo único do referido artigo, o visitante será identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que emitirá documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima.

De seu turno, opondo-se à visita íntima, Maria Iraneide Olinda Santoro Faccini (1999), então Procuradora Regional da República/3ª Região, após comentar o posicionamento de Júlio Fabbrini Mirabete e Antônio José Miguel Feu Rosa em considerar a visita íntima como direito do preso, desfechou:

*Ousamos discordar da posição jurídica exposta pelos dois últimos doutrinadores acima mencionados, por entendermos que a chamada visita íntima ou sexual não se constitui em direito do preso. Em verdade, quando a Lei Execução Penal assegura o direito de visita, ela está a permitir que o cônjuge ou parentes e amigos do recluso possam vê-lo, com ele conversar e manter os vínculos afetivos (não de caráter sexual), evitando-se o isolamento total e o recrudescimento da sensação de abandono e carência afetiva do preso, além de prepará-lo para o retorno ao convívio social.*

*A Lei Execução Penal, nada obstante avançada, progressista e liberal, não elencou, dentre os direitos do preso, a possibilidade de realizar o encontro sexual nas dependências dos presídios, com o cônjuge ou companheira, porque é da natureza da privação da liberdade física, enquanto encerrado o indivíduo em cárceres, a perda da continuidade da coabitação e da manutenção do relacionamento amoroso-sexual, necessariamente prejudicado com a separação do casal.*

*Fosse desejo do legislador prever a visita de cunho sexual, teria, em dispositivo apartado, ou complementar, sido mais específico, inclusive determinando, como de mister, estabelecimento de recinto apropriado, nos presídios para o encontro amoroso dos cônjuges ou companheiros.*

*Destarte, não impressiona o argumento de que a não autorização às visitas íntimas do preso violaria o princípio da personalidade da sanção criminal, porque a cessação do relacionamento sexual entre os cônjuges, **in casu**, deriva de causa justa e legal; a segregação do indivíduo, sujeito a uma pena criminal, por ter incorrido, conscientemente, nas conseqüências de um ato criminoso (normalmente grave, eis que a privação de liberdade deve ser restrita para crimes de maior potencial ofensivo, privilegiando-se as penas alternativas em situações diversas).*

Nesta última década a polêmica evoluiu da sua restrição ao campo do sistema prisional comum para uma inegável ampliação de sua aplicação nos estabelecimentos sob administração militar, sendo que, nestes últimos, ainda é cabível perquirir de sua validade a aplicação, em face das características específicas da vida em caserna.

## 2 A VISITA ÍNTIMA E OS ESTABELECIMENTOS PENAIS MILITARES

Como é cediço, a LEP, Lei 7.210, de 11.07.1984, aplica-se ao condenado da Justiça Militar, apenas e tão-somente quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, nos termos do parágrafo único do seu art. 2º, o que é pacífico na jurisprudência:

**Penal Militar. Execução da pena.** *O militar condenado, com sentença transitada em julgado, se cumpre a pena em estabelecimento militar, sujeita-se ao regime de cumprimento da legislação especial e não a de que trata a Lei de Execução Penal (LEP, art. 2º, parágrafo único). (HC 2254-5/RS – DJU 26.10.1992 – p. 19.064).*

A prática, no entanto, permite identificar, aqui e ali, a aplicação do direito à visita íntima também nos estabelecimentos prisionais militares.

Para nós, com a devida vênia, há que se fazer uma diferenciação entre presos disciplinares e presos à disposição da Justiça, assim como diferenciar estabelecimento militar e penitenciário militar, já que a visita íntima requer que o estabelecimento sob administração militar possua espaços condignos reservados para tal desiderato.

De plano é de se afastar a possibilidade de concessão de visita íntima para presos disciplinares. Com efeito, a prisão disciplinar tem um efeito essencialmente educativo e, mesmo porque, as punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar 30 (trinta) dias, período relativamente curto, o qual, a toda evidência, não enseja autorização de visita íntima.

No entender de Diógenes Gomes Vieira, paira certa dificuldade quanto à distinção prática do que seja estabelecimento militar e penitenciária militar<sup>3</sup>.

O autor lembra ainda 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), e estabeleceu o seguinte quadro didático para diferenciá-los<sup>4</sup>:

<b>Estabelecimento militar</b>	<b>Estabelecimento penal militar</b>	<b>Penitenciária militar</b>
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 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: <i>a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime rechado.</i>
A prisão é executada em recinto (dependência) da organização militar. Exemplos: quarto de hotel de trânsito e	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) <sup>5</sup>

<sup>3</sup> VIEIRA, DIÓGENES GOMES. **MANUAL PRÁTICO DO MILITAR**. NATAL: EDITORA D & F JURÍDICA, 2009. P.454.

<sup>4</sup> *IBIDEM*, PP 453-454.

<sup>5</sup> A POLÍCIA MILITAR DE SÃO PAULO POSSUI O PRESIDIO MILITAR ROMÃO GOMES.

alojamento		
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 igual ou inferior a 2(dois) anos	pena condenatória igual ou inferior a 2(dois) anos. Ou superior a 2(dois) anos conforme permissibilidade contida no final do inciso II do art. 59 do CP Militar	pena condenatória superior a 2(dois) anos.

Com base no quadro acima referido, entendemos que a visita íntima somente poderá ser levada a efeito em sua plenitude nas penitenciárias militares, já que os estabelecimentos militares constituem as organizações militares por excelência - as OM, as Unidades, os quartéis, estando voltados para a consecução da missão constitucional das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, e nela não está incluída a garantia da visita íntima a nenhum militar preso. Por sua vez, os estabelecimentos penais militares são as OM habilitadas administrativamente para o encarceramento do preso, ou seja, seriam as OM devidamente adaptadas, como o Presídio Policial Militar vinculado ao Batalhão de Polícia de Guarda da Brigada Militar gaúcha, e poderão aplicar o direito à visita íntima desde que tenham suporte para tal.<sup>6</sup>

Nas penitenciárias militares, a regra de seu dia-a-dia é o cumprimento de pena, e de consequência o encarceramento do preso. Nos estabelecimentos penais militares a regra é o encarceramento mas, este tipo de organização militar adaptada também tem como regra de seu dia-a-dia o cumprimento das missões constitucionais confiadas à Força a qual pertença. Já nos quartéis, as OM ou OPM por excelência, o cumprimento de penas de prisão em decorrência de processo penal é a exceção, a regra é o cumprimento de sua atividade fim.

Daí, portanto, permanece a dificuldade em vislumbrar a aceitação do deferimento da visita íntima em relação aos presos militares cumprindo pena em quartéis.

A uma, porque não existe previsão legal para tanto. Mesmo ao nível de direito comum, a visita íntima não está prevista na Lei Execução Penal, sendo hoje apenas um projeto de Lei aguardando o demorado processo legislativo.

A duas, mesmo que houvesse previsão legal na Lei de Execução Penal, ainda assim não seria aplicável ao preso que cumpre pena em quartel, sujeito às normas do Código de Processo Penal Militar, no seu Livro IV, em que pese pontuarem decisões judiciais e administrativas no sentido de sua aplicação.

Rodrigo Foureaux defende a visita íntima em estabelecimentos militares. Para ele, a visita estaria amparada pelo princípio da dignidade humana, na medida em que o desejo sexual é natural a todo ser humano. A sua abstinência, segundo ele, pode causar aflição, sofrimento psicológico e emocional, além de atos de violência nos detentos, inclusive, a ausência de visitas íntimas ou a proibição destas seria um dos principais motivos de estupros ocorridos em celas no Brasil.

Em defesa de seus argumentos, Rodrigo Foureaux aponta que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro garante, em seu art. 27, o direito à visita e de encontros íntimos a presos de ambos os sexos, posição que foi seguida pelo Estado de Minas Gerais, onde a Lei 11.404/1994, que dispõe sobre a execução penal em âmbito estadual, assegura expressamente o direito à visita íntima, que pelo seu art. 67, deve ocorrer em local específico, adequado à sua finalidade e compatível com a dignidade humana, devendo o sentenciado indicar cônjuge ou companheiro, para fins de registro

<sup>6</sup> DISCIPLINADO POR NORMA GERAL DE AÇÃO DO BPG, DE 01.09.2005.

e controle pelo estabelecimento prisional, fornecendo a devida documentação comprobatória do casamento, união estável ou união homoafetiva.

Citou também instituições militares estaduais que já admitem a visita íntima em resoluções internas, como por exemplo, as Polícias Militares mineira, paulista e gaúcha.

A PM de Minas Gerais, por meio da Resolução 4.092, de 12.07.2010 prevê a visita íntima, desde que autorizada expressamente pela autoridade judiciária competente, haja condições físicas adequadas nas celas militares e seja respeitado o pundonor militar, devendo ser também o preso casado ou viver em união estável.

Regulamentando o tema, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, por intermédio do Provimento da Corregedoria da Justiça Militar, 01, de 23.03.2010 dispôs, em seu art. 259 que o planejamento familiar e a visita íntima ao preso são direitos inerentes à dignidade de toda a pessoa humana, podendo ser autorizada pelo Juiz de Direito do Juízo Militar competente quando existirem condições físicas adequadas na Unidade Militar.

Já a PM de São Paulo, através da Portaria 003/2004, que instituiu o Regimento Interno de Execução Penal, dispõe em seu art. 32 que a visita íntima, denominada conjugal, constitui-se em “regalia”, sendo deferidas por concessão (art. 79, II e 106), tendo por finalidade fortalecer as relações familiares, podendo ser concedidas depois de decorridos quatro meses, a partir do recolhimento do preso.

Por seu turno, a PM do Rio de Janeiro, por intermédio da Portaria 253/2005, que estabeleceu as Instruções Reguladoras do Batalhão Especial Prisional, dispõe em seu art. 42 que a visita íntima constitui “regalia” e será sempre diurna, devendo ocorrer durante a semana.

Na PM do Rio Grande do Sul, o Presídio Penal Militar destina-se ao internamento de praças da Corporação, enquanto que os oficiais cumprem pena no 4º Regimento de Polícia Montada, em Porto Alegre, todos com direito à visita íntima nos termos estabelecidos pela Administração Policial Militar, destacando-se que, em face da estrutura do Presídio, essencialmente masculino, não se possibilita visita íntima para as policiais femininas que permanecem nas organizações policiais militares – OPM.

A PM do Distrito Federal possui o Núcleo de Custódia Militar da 3ª Companhia de Polícia Militar Independente, localizada na Penitenciária de Brasília, havendo concessão de visitas íntimas realizadas durante os finais de semana.<sup>7</sup>

De nossa parte acrescentamos que o Presídio Militar da Marinha não se furtou ao problema, prevendo a visita íntima no item 9.9, da Ordem Interna n. 20-01<sup>A</sup>, emitida em 1º de junho de 2007, tratando-a, entretanto, como uma “regalia” a ser disciplina em ordem de instrução específica.

Após todas as considerações acima, verifica-se que em relação à aplicação da visita íntima aos quartéis (Unidades Militares), a pretensão enseja a uma análise mais apurada sob a ótica da Justiça Militar.

O legislador do Código Penal Militar estabeleceu, no seu art. 59, que a pena de reclusão ou de detenção até 2 (dias), 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;

<sup>7</sup> VIDE FOUREAUX, RODRIGO. A VISITA ÍNTIMA EM ESTABELECEMENTOS PRISIONAIS MILITARES. DISPONÍVEL EM [HTTP://RECANTODASLETRAS.COM.BR/TEXTOSJURIDICOS/3416790](http://recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790), ACESSO EM 20.03.2012.

II – Pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.

Salvo engano, não existem (*ou existem pouquíssimas*) penitenciárias militares no Brasil. Vem à mente o Presídio Militar da PM de São Paulo e o Presídio Militar da Marinha. De resto, os militares que não tenham perdido esta condição cumprem penas em quartéis, sem os rigores penitenciários e bem longe das tensões e promiscuidade da imensa maioria das prisões comuns brasileiras e que têm incentivado os defensores da visita íntima. Salvo engano, para o qual desde logo nos penitenciemos, não temos notícias de ocorrência de atentados violentos ao pudor que tenham acontecido com presos cumprindo pena em estabelecimentos penais militares ou presídios militares.

Finalmente, mais um óbice se apresentaria para afastar definitivamente a visita íntima dos quartéis e estabelecimentos sob administração militar.

É que a visita íntima, homossexual ou não, parece se inserir dentro do amplo rol dos atos libidinosos, cuja prática por militar em lugar sujeito à administração militar caracteriza o crime do art. 235 do Código Penal Militar – Pederastia ou outro ato de libidinagem, punido com detenção de seis meses a um ano, tanto para os libidinosos como para aquele que concorre de qualquer modo, incidindo nas penas aos primeiros cominadas, que pode ser inclusive o Comandante da Unidade que autorizar a visita.

O tipo penal do art. 235 engloba inclusive a relação sexual por excelência, pois quando o legislador pretendeu distinguir qualquer espécie do gênero *ato libidinoso* declarou-o “*diverso da conjunção carnal*”.

Inicialmente, chegamos a defender este entendimento, afastando a visita íntima em estabelecimentos militares sob o entendimento da configuração do tipo previsto no art. 235. Era uma posição assumida uma década atrás, quando não havia nenhuma normatização da visita em relação aos estabelecimentos castrenses, quadro que mudou consideravelmente nos dias de hoje.

Entretanto, uma reflexão mais acurada tendo-se por norte a teoria da tipicidade conglobante, elaborada por Eugenio Raul Zaffaroni afasta a criminalização.

A questão da tipicidade conglobante (oposto da atipicidade) foi bem enfrentada ao início da década de 80 do século passado, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero, juristas argentinos<sup>8</sup>. Para eles, a norma proibitiva que dá lugar ao tipo penal não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa (quando considerada conglobadamente), em que não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou o que a outra fomenta. Assim, a tipicidade penal não reduz à simples tipicidade legal – o texto proibitivo do CPM, mas pode-se afirmar que a tipicidade penal implica na tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de aparente proibição que surge da consideração isolada da tipicidade legal.

<sup>8</sup> DERECHO PENAL MILITAR – LINEAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL. BUENOS AIRES: EDICIONES JURIDICAS ARIEL, 1980, PP. 347-349.



Ou, como nos dizem os dois autores: “Los principales supuestos em que consideramos que pese a la tipicidad legal, media una atipicidad conglobante, se dan cuando una norma ordena lo que otra parece prohibir (cumplimiento de deber juridico), cuando una norma parece prohibir lo que otra fomenta, cuando una norma parece prohibir lo que lo que outra norma excluye del ámbito de prohibición por estar fuera de la ingerencia del Estado, y cuando una norma parece prohibir conductas cuya realización garantizan otras normas, prohibiendo las conductas que la perturban”.<sup>9</sup>

Há certa dificuldade, no Brasil, em aceitar-se a tipicidade conglobante – ou, ao revés, concluir pela atipicidade conglobante.

Este fato não passou despercebido pelo próprio autor da teoria, o eminente professor Eugenio Raúl Zaffaroni, em entrevista dada para uma revista jurídica brasileira, quando asseverou que o Estado não pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada por ele próprio. Ainda, o que é permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra, porque o Direito é um universo harmônico de normas, que guardam entre si uma certa ordem e coerência. A tipicidade deve ser aferida de acordo com o sistema considerado normativo em sua globalidade<sup>10</sup>.

Nesse contexto, se a visita íntima é normativamente autorizada, não haverá a consumação do crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem” (art. 235, CPM), caso venha ela efetivamente a ocorrer. Isso porque houve autorização do Estado – por meio de agente competente – para que ela ocorresse e, sendo assim, não se poderá tê-la como uma conduta antinormativa. Portanto, se não é contrária à norma, padecerá a referida conduta de idoneidade para configurar a tipicidade formal; não existindo esta, não se poderá falar em tipicidade, em fato típico nem, tampouco, em crime militar.

A toda evidência, esta conclusão não significa que a visita íntima deva ser concedida em todas as organizações militares já que a concessão requer toda uma estruturação adequada, coisa que nem todas as organizações militares possuem.

### **3 CONCLUSÕES SOBRE A VISITA ÍNTIMA**

É possível estabelecer algumas conclusões sobre o tema, ainda que não se possa falar em unidade de entendimento.

Nem a Constituição Federal e nem a Lei de Execução Penal não prevêm a visita íntima. A condição de direito constitucionalmente assegurado advém da interpretação feita pelos defensores da visita, amparada pelo princípio da dignidade humana.

<sup>9</sup> DERECHO PENAL MILITAR – LINEAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL.... P. 348.

<sup>10</sup> REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ANO XIII, Nº 290, BRASÍLIA, 15 DE FEVEREIRO DE 2009, P.08.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro e a Lei mineira 11.404/1994, fazem, no entanto, tal previsão.

Para o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a visita íntima é um direito constitucionalmente assegurado a pessoa presa, sendo que este direito deve ser estendido aos presos dos dois sexos, independentemente de orientação sexual.

Para o Regulamento Penitenciário Federal, a visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso.

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais considera a visita íntima como inerente à dignidade da pessoa humana, mas condiciona sua concessão à prévia autorização do Juiz de Direito do Juízo Militar e à existência de condições físicas adequadas.

Para os presídios da Marinha, Romão Gomes (PMSP) e da PMRJ (Batalhão Especial Prisional), a visita íntima constitui-se em “regalia” aos presos, podendo ser concedidas mediante certas condições.

Na Brigada Militar do Rio Grande do sul, a visita íntima, atualmente, é concedida apenas aos presos do sexo masculino, em face de inexistência de instalações adequadas para presos do sexo feminino, o que faz com que as policiais militares cumpram pena nas organizações policiais militares – OPM.

Tendo-se por norte a clássica distinção entre estabelecimento militar, estabelecimento penal militar e penitenciária militar trazida pelo Código Penal Militar, iremos verificar 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 ÔMs ou OPMs, ou, como são vulgarmente conhecidas: os quartéis.

