

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**O CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURANÇA E
DE INTIMIDADE NA REVISTA DE VISITANTES EM UNIDADES
PRISIONAIS EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DE LEI**

Danilo Cardoso Pereira

Presidente Prudente/SP
2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**O CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURANÇA E
DE INTIMIDADE NA REVISTA DE VISITANTES EM UNIDADES
PRISIONAIS EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DE LEI**

Danilo Cardoso Pereira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Claudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP
2014

**O CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGURANÇA E
DE INTIMIDADE NA REVISTA DE VISITANTES EM UNIDADES
PRISIONAIS EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DE LEI**

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Claudio José Palma Sanchez

Orientador

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Examinador

Marivaldo Gouveia

Examinador

Presidente Prudente, 27 de outubro de 2014.

*“Não há importância até onde eu cheguei,
mas sim, no que aconteceu a mim
enquanto eu ia”.*

(Autor Desconhecido)

Dedico este trabalho aos meus avós,
Lisboa, Laura, Eduardo e Aurora, aos
meus irmãos Daniel e Natália, e de modo
especial aos meus pais Lisboa e Telma,
que norteiam os valores que preservo em
minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor e amigo, Claudio José Palma Sanchez, pela sabedoria que tem compartilhado comigo durante o período acadêmico, principalmente ao longo deste ano por meio de sua paciência, dedicação e enriquecedor aprendizado.

Aos meus pais, Lisboa e Telma, por todo o amor, incentivo, compreensão e confiança que me foram cedidos durante toda a minha existência.

Aos professores e examinadores Marcus Vinicius Feltrim Aquotti e Marivaldo Gouveia, pela honra que me deram em tê-los como integrantes da minha banca examinadora.

E àqueles que de algum modo contribuíram para a conclusão deste trabalho, especialmente a Deus, por me permitir realizá-lo.

A todos, meu sincero agradecimento.

RESUMO

A presente monografia é referente ao tema sobre a colisão de Direitos Fundamentais de visitantes no âmbito prisional, sendo que esta violação de um direito em prevalência a outro esta inteiramente relacionada aos Direitos Humanos, ao Direito Constitucional e a Princípios como o da Isonomia em si. A lesão de Direitos Fundamentais é um tema polêmico, que versa sobre a necessidade de ser discutido, mas que, porém, é muito pouco debatido, e deste modo não é dada a devida importância ao tema, caracterizando, assim, a carência do estudo que se faz apropriado em virtude de não haver lei específica. Atualmente, existem poucos dados registrados referentes a esta colisão, e isto acontece por conta da ausência de uma regulamentação federal sobre quais métodos devem ser adotados, da falta de informação sobre os procedimentos usados em revistas, da escassez no ordenamento jurídico que torna a legislação vigente desatualizada e ultrapassada, da exposição ao vexatório ou ridículo para com os visitantes e o medo ou receio destes em tornar publico a violação que sofrem. A revista prisional vai diretamente de encontro e em confronto a Dignidade da Pessoa Humana, onde em um polo esta o Direito a Segurança da coletividade, que é dotado de caráter publico, e em outro esta o Direito a Intimidade, dotado de privacidade, pertencente ao particular. Tendo como base uma teoria critica e uma analise histórica dos direitos fundamentais debatidos, serão expostas as razões para que seja feito o estudo da colisão de Direitos no âmbito prisional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito Constitucional. Colisão de Direitos. Direito a Intimidade. Direito a Segurança. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This thesis is related to the topic about the collision of fundamental rights of visitors in the prison context, and this violation of a law in effect to another is entirely related to Human Rights, the Constitutional Law and the Principles as the Isonomy itself. The injury of Fundamental Rights is a controversial topic, which addresses the need to be discussed, but which, however, is very rarely discussed, and thus is not given due importance to the subject, thus characterizing the lack of study it is appropriate because there is no specific law. Currently, there are few recorded data pertaining to this collision, and this happens because of the lack of federal regulation over which methods should be adopted, the lack of information about the procedures used in magazines, the shortage in the legal system that makes the current legislation outdated and outmoded, exposure to vexatious or ridicule towards visitors and the fear or apprehension thereof in making public the violation suffering. The prison magazine goes directly against confrontation and the Dignity of the Human Person, where a pole in this community of the Security Law, which is gifted with public character, and in another that the law Intimacy, endowed privacy, belonging to particular. Based on a theory and a critical historical analysis of the fundamental rights discussed, the reasons will be exposed to the study of the collision of rights is done in the prison context.

Keywords: Fundamental Rights. Constitutional law. Collision of Rights. Right to Intimacy. Right to Safety. Dignity of the Human Person.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. O SISTEMA PRISIONAL E A REVISTA APLICADA.....	12
2.1. Espécies de Revista Pessoal.....	12
2.2. Revista Pessoal no Âmbito Prisional.....	15
2.3. Revista Íntima.....	18
2.4. Sistema Prisional.....	20
2.5. Procedimento de Revista Íntima.....	22
2.6. Detectores de Metais e Scanners Corporais.....	24
3. POSICIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO.....	26
3.1. A Legislação e o Conflito de Direitos diante da Legislação.....	26
3.2. Princípio da Personalidade da Pena.....	30
3.3. O controle de constitucionalidade das leis no sistema jurídico brasileiro após a CF/88.....	34
3.4. O posicionamento da Resolução nº 09/06 do CNPCP.....	35
3.5. Orientação Jurisprudencial.....	37
3.6. Projeto de Lei 480/2013, do Senado Federal.....	38
3.7. A Lei 15.552, de 12 de Agosto de 2014 do Estado de São Paulo.....	41
4. ANÁLISE DA REVISTA ÍNTIMA COMO TRANSMISSÃO DA PENA DO RECLUSO.....	44
5. O CONFLITO DE DIREITOS E A SOLUÇÃO ADOTADA.....	45
5.1. Direitos Humanos e Sociais.....	45
5.2. O Princípio da Segurança.....	46
5.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	47
5.4. O Princípio do “ <i>Nemo tenetur se detegere</i> ”.....	47
5.5. O Conflito de Direitos entre Segurança e Intimidade.....	48
5.6. Possibilidade de Indenização em casos Vexatórios.....	50
6. CONCLUSÃO.....	53
BIBLIOGRAFIA.....	54

1 INTRODUÇÃO

A elaboração de atos normativos e leis, a priori, deve se basear em requisitos constitucionais, que são princípios, que norteiam o vasto mundo jurídico. O que não se pautar na Constituição Federal/88 e em seus princípios é passível, então, de um controle de constitucionalidade para que ocorra uma emenda ou até mesmo para que seja declarada uma nulidade. Em virtude do Código Penal e do Código Processual Penal, que se encontram ultrapassados e desatualizados, fazendo-os estar numa posição que não condiz com a realidade, e que por muitas vezes gera um estímulo a pratica de delitos devido sua branda aplicação, se fez necessário uma enorme valorização do Direito a Segurança, que por sua vez, fez com que este se encontre em um patamar acima do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana representada pelo Direito de Intimidade, substituindo-o. A Resolução nº 09, de 12 de Julho de 2006, pertencente ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é um exemplo claro da supervalorização do direito a segurança no sistema prisional face à dignidade da pessoa humana e ao direito a intimidade, onde expressa que considera primeiramente os meios e procedimentos adequados à manutenção da ordem e disciplina no interior de estabelecimentos prisionais, para que enfim, posteriormente, preserve a dignidade pessoal do cidadão livre que ingressa o estabelecimento penal em virtude de sua submissão a este controle de segurança.

Desta maneira, infringe necessidades e direitos dos reclusos e das famílias destes, de receber visitas e devido a submissão a revista íntima, respectivamente, para que se mantenha a disciplina da segurança penitenciária, que na verdade é uma necessidade de segurança coletiva que atualmente precede, em se tratando de importância, o direito a intimidade.

A condenação do indivíduo passa então a abranger sua família por meio de procedimentos vexatórios e humilhantes, que são atos abusivos para a vistoria corporal e que resulta no sentimento de ser lesado pelo Estado devido aos laços familiares e afetivos que procura manter com o preso, comprometendo o

convívio social indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, baseado na dignidade da pessoa humana.

Referente às lesões sofridas, a Constituição Federal contraria o modo pelo qual o Estado apura a possibilidade de objetos proibidos junto a visitantes em seu artigo 226, no qual dispõe que a família é considerada a base da sociedade, devendo, então, receber proteção estatal e ter assegurado a assistência familiar, visando coibir qualquer violência ou ameaça a figura da família.

Isto gera desmoralização aos visitantes de indivíduos presos e possui persistência, não notando o desenvolvimento constitucional do respeito às garantias individuais nos estabelecimentos prisionais.

Fácil notar que estes atos abusivos independem de qualquer fator, submetendo praticamente a todos uma revista pessoal, que visa buscar fatos comprobatórios de introdução de objetos a fim de uma tentativa de se provar a existência de algo que motive a fundada suspeita, prevista no artigo 2º da Resolução nº 09/2006 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e no Código Processual Penal (Decreto-Lei 3689/41) em seu artigo 244, frisando que a abordagem de limites constitucionais da busca pessoal é feita como prevenção a delitos, ou ainda, como meio de prova baseado nesta suspeita quanto à existência de prática delituosa, e que logicamente não é o meio mais adequado, visto que a possibilidade de dano à dignidade da pessoa humana, hipoteticamente, pode ser superior a esta medida, não permitindo assim a compensação de valores, e que remete a necessidade de uma análise sobre a viabilidade da revista pessoal dentro do contexto sócio-jurídico brasileiro diante dos preceitos Constitucionais e deste sistema que se pode considerar coercitivo e que não tem obtido êxito.

Tem-se por objetivo criticar métodos e procedimentos adotados na revista prisional que não se encontram de acordo com o dever imposto ao sistema prisional de respeitar os direitos humanos de visitantes; analisar dentro da revista pessoal, o confronto direto entre os direitos de segurança e de intimidade; estabelecer critérios que devem ser observados por agentes públicos a fim de preservar a Dignidade da Pessoa Humana; comparar como a revista pessoal tem sido feita no Brasil e em outros países, apontando melhorias que devem ser perseguidas e aplicadas.

É adotada como ideia, que vigora no plano jurídico, que o mínimo indispensável à existência compõe um direito fundamental, sendo assim, um mínimo existencial.

Deduz-se que o mínimo existencial está intimamente conexo a Dignidade da Pessoa Humana, e por tratar de Direitos Fundamentais, que devem ser garantidos à pessoa humana, não podendo haver retrocesso para um estado aquém do mínimo, e isso é claramente explicado pelo caráter fundamental que é dado, que atribui equidade do direito fundamental a uma cláusula pétrea, e que veda a proteção deficiente de direitos adquiridos constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido pode se extrair a inteligência do Princípio da Vedação do Retrocesso, que decorre da necessidade de haver um Estado Democrático e Social de Direito, que por sua vez, encontra alicerces no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana de tal modo a garantir uma segurança jurídica onde os direitos efetivados devem ser constitucionalmente preservados, e em caso de violação de direitos, estas medidas serão consideradas inconstitucionais.

O tema abordado foi escolhido devido a vários fatores, dentre eles: o de esta colisão de direitos ser muito pouco combatida, com poucos investimentos para que a prevenção seja feita por métodos eficazes capazes de ponderar os valores de cada direito posto em conflito, em vista que, tem em torno de si uma grande divergência procedimental em revistas em consequência da escassez na regulamentação.

2. O SISTEMA PRISIONAL E A REVISTA APLICADA

Dentre vários métodos de revista que existem, no sistema prisional se adota um meio específico que por vezes se pauta em uma revista íntima, acordando com o poder discricionário do sistema prisional e seus estabelecimentos.

Neste diapasão, é necessário apresentar os procedimentos adotados bem como métodos alternativos que não permitem a violação de direitos humanos.

Traçadas essas considerações, cabe a análise do sistema prisional e a revista aplicada.

2.1. Espécies de Revista Pessoal

O Código de Processo Penal explana em seu artigo 240 sobre buscas que:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. (Grifou-se)

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

A revista pessoal se realiza objetivando a segurança e é feita de modo eletrônico ou mecânico, por meio de aparelhos detectores de metais ou similares como raios-X, devendo este modo de revista ser a regra entre os procedimentos adotados para realização; ou manual, que possui contato físico entre o visitante revistado e o agente público que o revista.

A revista é realizada pela autoridade competente, e esta competência é formada por ato corroborado no exercício do poder de polícia, constante no campo de ação da Administração Pública.

A revista manual só pode ser realizada em situações excepcionais, quando houver fundada suspeita de que a pessoa visitante esteja com substâncias ou objetos proibidos (como drogas, armas ou telefones celulares). Ressalta-se que toda pessoa tem o direito de saber os motivos que levaram à realização da revista manual.

Na revista pessoal, sob um ponto de vista mais amplo e abrangente, é possível que se extraia diferentes espécies de revista pessoal, que são determinadas com base em critérios que distingue estas espécies, e que segundo Adilson Luis Franco Nassaro (2007, s. p.) tais espécies podem ser classificadas em quatro grupos arrolados abaixo:

- a) Quanto à natureza jurídica do procedimento: Preventiva ou processual;
- b) Quanto ao nível de restrição imposto de direitos individuais: Preliminar ou minuciosa;
- c) Quanto ao sujeito passivo da medida: Individual ou coletiva;
- d) Quanto ao contato físico (corporal): Direta ou indireta.

No que diz respeito à alínea “a”, quantos aos critérios de classificação se observa os aspectos do momento e da finalidade da revista.

A revista pessoal preventiva se caracteriza pela realização de autoridade competente da Administração Pública ou por meio de agentes subordinados a esta Administração Pública no exercício do poder de polícia tendo como objetivo a prevenção, ou seja, um caráter preventivo de cautela e precaução em uma atividade de preservação da ordem pública.

Distinguindo-se de acordo com o momento e sua finalidade, para que se realize a revista processual, este ato deve ser efetivado após a prática delitiva, pois depois do delito a revista pessoal passa a ter um determinado interesse processual na aquisição de objetos ou itens relevantes à formação de conteúdo

probatório processual, e que são imprescindíveis para a caracterização da prova, além de que na revista corporal na fase processual a intervenção pode ser de forma invasiva, com a penetração do organismo humano ou de maneira não invasiva, de acordo com a importância probatória que se busca conseguir no campo processual.

Quanto à alínea “b”, a intensidade do rigor aplicado no ato da revista pessoal é o que a distingue entre os dois tipos apresentados.

Um dos tipos é a revista pessoal preliminar ou superficial, que normalmente antecede a busca minuciosa, cuja restrição de direitos individuais é pequena e branda, e feita sobre o corpo do sujeito, e o resultado desta revista superficial pode dar margem ao uso da revista minuciosa.

O outro tipo é a revista pessoal minuciosa ou íntima, onde existe uma maior restrição de direitos individuais, feita de forma meticulosa ou cuidadosa, de maneira atenta e detalhada, isolada do público, e quando possível deve ser feito na presença de testemunhas, em vista da grande restrição de direitos individuais que é imposta ao revistado.

A alínea “c” trata da revista pessoal coletiva, que se baseia em uma iniciativa do poder público e em nome de um bem comum, onde interessados em adentrar determinados locais, por meio do acesso a eventos públicos ou em virtude de situações específicas, se sujeitam a esta revista pessoal.

A mesma alínea também se remete a revista pessoal individual, que se caracteriza como regra, que não tem como sujeito a coletividade, mas o visitante em si, bem como o visitante não é interessado, mas o Estado e que necessita a individualização de quem se sujeita a revista, estando em consonância com o artigo 243, Inciso I do Código de Processo Penal que preceitua sobre indispensabilidade de identificação precisa de quem sofrerá a revista ou sinais que possam identificá-lo.

Já a alínea “d” parte da existência ou não de contato físico, ou seja, a tangibilidade corporal entre o agente que revista e o revistado, podendo então, ser uma revista pessoal direta por possuir o contato físico ou uma revista pessoal indireta pela inexistência deste contato, que é pelo uso de dispositivos eletromagnéticos fixos ou portáteis.

2.2. Revista Pessoal no Âmbito Prisional

Dentre as distinções previamente apresentadas, é dotado de grande clareza que a revista pessoal que perdura no âmbito de estabelecimentos prisionais em caráter nacional se trata de uma revista de caráter preventivo, atrelada a Segurança Pública, visto que tem como objetivo o impedimento da entrada de objetos não permitidos no sistema prisional, que são caracterizados pela possibilidade de colocar em risco a segurança do estabelecimento ou a vida e a integridade física dos presos e dos agentes públicos ao ingressarem clandestinamente no sistema prisional.

Neste sentido se posiciona Carlos Roberto Mariath (s. d., s. p.):

Deflui-se das distinções traçadas que a natureza jurídica revista corporal realizada no âmbito dos estabelecimentos prisionais é preventiva, uma vez que visa impedir que objetos não permitidos (p.ex. armas, drogas, explosivos), que possam colocar em risco a segurança do estabelecimento ou a vida dos presos e dos agentes públicos, ingressem clandestinamente no cárcere.

Para que haja efeito desta revista preventiva, se afasta a autorização judicial, prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal, desde que haja fundada suspeita de que alguém oculte em seu poder algo que possa caracterizar a necessidade da revista pessoal.

Importante registrar que, dentro dos ditames da revista pessoal e por esta se tratar de uma medida dotada de excepcionalidade, é aceitável e tolerável a aplicação deste procedimento visando o benefício a um bem comum, mesmo que não esteja presente a fundada suspeita conforme exposto por Adilson Luis Franco Nassaro (2007, s. p.).

Diante disto, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) solicita que exista no mínimo a “fundada suspeita” para a realização da revista direta sobre o corpo do suspeito no âmbito do sistema prisional, e assim se

distanciou da subjetividade da mesma, conforme o artigo 2º e seu Parágrafo único de sua Resolução nº 09/2006:

Art. 2º A revista manual só se efetuará em caráter excepcional, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o revistando é portador de objeto ou substâncias proibidos legalmente e/ou que venha a por em risco a segurança do estabelecimento.

Parágrafo único. A fundada suspeita deverá ter caráter objetivo, diante de fato identificado e de reconhecida procedência, registrado pela administração, em livro próprio e assinado pelo revistado.

O CNPCP não expressou como deve ser o tratamento dado aquele que dotar de fundada suspeita, deixando assim, de estabelecer as balizas da revista pessoal, visto que a mesma, ao ser analisada de modo amplo e abrangente pode vir a ser explanada como uma busca onde o agente público que a executa tem contato com o corpo da pessoa revistada, sendo então, uma revista pessoal direta.

A revista corporal se trata de uma imposição ao procedimento, baseando-se na possibilidade da ocorrência do ato ilícito de maneira remota, deixando que o condutor da revista pessoal use de sua subjetividade na tentativa de prever evento futuro e incerto, se firmando em presunções.

Neste mesmo sentido, com a falta de limites previstos e estabelecidos, o CNPCP permite que o executor da revista a faça de maneira subjetiva, ou seja, conforme seu entendimento pessoal do que deve ser feito, e que em regra pode conduzir a revista íntima ao abuso de autoridade por meio de excessos, violação da dignidade da pessoa humana e pelo juízo arbitral que faz frente ao visitante que se submete a revista pessoal, o que é inaceitável perante a ótica constitucional que visa garantir direitos fundamentais a toda e qualquer pessoa.

Diante da ausência de autorização judicial, o correto no sistema prisional como regra é a revista pessoal preventiva e indireta, permitindo que a revista pessoal seja direta de modo excepcional, apenas em casos de fundada suspeita, fato que não se enquadra na realidade dos estabelecimentos penais no Brasil.

Observa-se devido ao modo como as revistas íntimas são conduzidas que a pena que anteriormente foi imposta ao preso tem ultrapassado barreiras ao ponto de atingir terceiros, que são os visitantes no sistema prisional, pois passaram a se tornar presumível e preventivamente suspeitos de colocar em risco a segurança e disciplina interna de estabelecimentos prisionais.

Mostrando-se cauteloso frente a essa lacuna no ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 10.792/2003 que foi aprovada pelo Congresso Nacional, é notável que a revista deva ser por meio de aparelho detector de metais, que caracteriza a revista como superficial e indireta, a qual todos devem se submeter, mesmo que detentor de função pública, conforme o seu artigo 3º:

Art. 3º Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Com base neste artigo, se evita a revista corporal direta, de contato físico, que só vem a ocorrer em caso de irregularidade passível de apresentação de riscos, o que legitimaria, no caso, a fundada suspeita prevista pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

No caso de comprovada a suspeita em decorrência da revista por meio de aparelhos eletrônicos de revista e vigilância, o suspeito deve ser submetido à revista corporal direta para que a suspeição seja constatada.

Há de se ressaltar que a engenhosidade para que se conclua a entrada de materiais não permitidos, para a Associação para a Reforma Prisional, não provem de seus visitantes, e sim da corrupção de agentes públicos, visto que o número de apreensões de objetos em visitas são inferiores ao número de apreensões de objetos nas celas, demonstrando assim, que se faz o uso de outro meio. Também é alegado o fato de que em poucas visitas se encontra algo que detenha ilicitude, onde apenas 0,1% das revistas tem a suspeita concretizada conforme disserta Carlos Roberto Mariath (s.d., p. 07)

2.3. Revista Intima

A formação do Estado se dá pela submissão da sociedade ao controle estatal, onde se abdica de parte de sua liberdade a fim de obter proteção por meio das autoridades e normas reguladoras existentes.

Desta maneira se atribui a soberania estatal ao Estado, que assim, passa a ter poderes compulsórios sobre a sociedade, desde que legitimados pelo consentimento dos indivíduos que se sujeitam a eles.

Cabe ressaltar, diante disto, que o Estado tem a função de regular e normatizar o comportamento em sociedade, tendo os princípios fundamentais como núcleo de suas ações, para que desta maneira o ordenamento jurídico ande em conformidade com os preceitos fundamentais à Dignidade da Pessoa Humana e interligando direitos humanos.

Em estabelecimentos prisionais, neste sentido, a segurança pública confronta o direito a intimidade na finalidade de se preservar laços familiares e de amizade, garantindo ao presidiário um elo com o mundo que não deixa de pertencer-lhe e que se encontra no exterior de presídios, e isto deve ser conservado por conta de a ausência deste contato ser inaceitável.

Diante deste confronto, a ponderação de direitos tem sido feita por meio da revista pessoal.

A revista pessoal caracterizada como minuciosa ou íntima é onde há uma maior restrição de direitos individuais e é considerada preventiva.

Essa vistoria necessita na maioria dos estabelecimentos prisionais em âmbito nacional a realização de determinados movimentos pelo visitante e que este permaneça nu para confirmar que não há objetos ilícitos adentrando o estabelecimento prisional, e o correto é se evitar o contato físico entre o visitante e o agente que o vistoria.

Também são usados como métodos de investigação a abertura da boca projetando a língua para fora, que os cabelos sejam balançados, e que se agache em cima de espelhos alocados no chão.

A área de observação do agente que revista é o interior da boca, do nariz, e do ouvido, além de regiões do corpo cobertas por cabelos, barba, bigode e pelos, e se houver a necessidade, examinar-se-á entre os dedos dos pés e das mãos, embaixo dos braços e em partes púbicas entre as pernas e as nádegas do revistado; e no caso de mulheres que visitem o estabelecimento prisional, a busca pode ser feita entre seios e embaixo deles.

Cabe ressaltar que a vistoria deve ser feita por um agente do mesmo sexo do visitante conforme regulamentação da Portaria nº. 132, de 26 de setembro de 2007 do Ministério da Justiça, preservando direitos na inspeção.

Nos presídios do Brasil é facultado a estes a escolha de quais métodos serão utilizados na inspeção dos indivíduos visitantes, sendo usados conforme estabelecido pelo diretor da unidade prisional.

Devido à possibilidade de escolha de procedimentos adotados, há variações gritantes entre os estabelecimentos, o que vem a caracterizar revistas mais invasivas a intimidade, como a permanência de mais de um agente executando a revista íntima ou a abertura de lábios vaginais e exposição do orifício anal para inspeção mais detalhada.

Diante desta invasão em excesso, se encontra possíveis causas, e dentre elas há: o preconceito por conta de serem familiares ou amigos de presidiários, o que os faz serem considerados criminosos; a humilhação na exposição corporal e por consequência, de seus órgãos genitais; o tratamento rude e ríspido que por certas vezes é dado aos visitantes; a ausência de informações sobre regras e procedimentos de revistas ou a presença de informações incompletas; a afetação psicológica dada aos visitantes; entre outros fatores que determinam a caracterização de invasão.

Muitos dos visitantes reclamam que o procedimento de revista é dotado de agressividade e sem uma fundada suspeita, caracterizando a falta de humanidade perante os mesmos, visto que a dignidade deve ser respeitada como valor supremo, e por conta de não haver grande efetividade no cumprimento, se mostrando assim, um meio viável, que por sua vez, não é o mais adequado em face a preceitos constitucionais.

Logo, se constata que o procedimento adotado para fiscalização quanto à entrada de objetos proibidos não acompanha os limites estabelecidos constitucionalmente.

2.4. Sistema Prisional

Além do caráter punitivo dado pelo sistema prisional ao preso, que caracteriza a essência do estabelecimento prisional, mas que, porém, muitas vezes se estende aos visitantes, este sistema se concretiza também pelo caráter de reintegração do preso ao convívio social, pois acima de tudo, se respeita a Dignidade da Pessoa Humana, dando-se valor a pessoa como ser humano, e observando os ditames previstos na Constituição Federal, a norma máxima a ser seguida e observada, e que impõe o dever e a necessidade de preservação dos direitos humanos inerentes a todos os indivíduos.

Argumentam com base nesta proibição ao excesso Rayssa Pires Amorim Cardoso e Nayara Garcia da Costa (s. d., s. p.), de que “[...]ao sistema prisional também se impõe o dever e a necessidade de respeitar os direitos humanos, a integridade física e moral do indivíduo.”.

Ocorre que, devido à superlotação, as condições precárias disponibilizadas pelo sistema prisional e a falta de estrutura, os direitos passam a ser transgredidos, sendo desta maneira, a prisão, um repressor de direitos humanos por meio da violação de direitos fundamentais.

Deste modo, as prisões não são quaisquer instituições públicas que promovem ou auxiliam na obtenção do bem estar entre os visitantes que adentram seu recinto.

Coube aos legisladores a criação de dispositivos legais capazes de gerar certo grau de seguridade aos direitos humanos, independendo da intensidade de preservação destes direitos, bastando que haja a busca pelo protecionismo dos mesmos.

Neste contexto os direitos a intimidade e a privacidade são assegurados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em seu artigo 1º da Resolução nº 01/1999:

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge ou outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas. (Grifou-se)

O que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) expressa se sedimenta no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal/1988 que afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”.

Frente a estes direitos assegurados, a Resolução nº 09/2006 dispõe sobre a necessidade de se fazer o uso de meios e procedimentos adequados a preservação da disciplina e da ordem em estabelecimentos prisionais e sobre o dever de ser realizado em local reservado que proteja a honra e dignidade do revistado e realizada por agente público do mesmo sexo da pessoa visitante, de modo que ao mesmo tempo, passa a evitar excessos, bem como uma visa adequação da revista pessoal a condição de visitantes, servidores ou prestadores de serviços, e atribuindo esta condição a seus respectivos objetos.

Esta medida que se remete a uma Política de Segurança Pública tem a intenção de coibir inserção de objetos proibidos em estabelecimentos prisionais, prevalecendo assim, um intuito de dar forças a segurança em estabelecimentos prisionais por meio da revista pessoal.

A visita no âmbito prisional é uma ferramenta que permite a sustentação de vínculos familiares e de amizades pertencentes ao convívio social do preso, e que servem de estímulo a sua vontade de reintegração a sociedade, voltando a fazer parte do meio social. Porém, a visita tem a possibilidade de possuir irregularidades que não resguardam a ordem e os bons costumes, sendo desse modo requerido ao visitante que passe por um processo de revista pessoal que, por vezes, podem configurar abusos, excessos e afrontamento a direitos fundamentais na intenção de se preservar a segurança do estabelecimento, o que visitantes tem

entendido como a extensão da pena dos presos para seus visitantes, lesando, deste modo, direitos que são preservados pela Constituição Federal.

Desta maneira, se mantém uma consonância com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

2.5. Procedimento de Revista Intima

A revista é adotada para situações de visita a reclusos, para a entrada na Prisão objetivando conversar com as assistentes sociais ou psicólogas e demais serviços internos da Penitenciária.

O procedimento de revista íntima tem por objetivo preservar a ordem e os bons costumes, mantendo o respeito e a dignidade da pessoa revistada frente aos funcionários da unidade prisional.

Ressalta-se que o procedimento de revista íntima deve se atentar a esta preservação supracitada, porém, a ausência de um dispositivo legal que regule os procedimentos a serem adotados confere à unidade prisional um poder discricionário, que por sua vez, permite ao estabelecimento a escolha dos métodos a serem empregados e os limites da revista íntima, que não podem ser violados.

A margem dada ao poder discricionário aparece pela Resolução nº 09/06 do CNPCP que regula a Administração Penitenciária e que deixou de regular os procedimentos de revista.

De modo geral, na grande maioria das unidades prisionais se deve fazer um cadastro de visitantes previamente e se atentar a metodologia a seguir exposta.

Esse cadastramento, posteriormente, gera uma carteira de visitação para cada visitante, e com esse instrumento é possível à realização de visitas.

Nas datas específicas para visitação, a pessoa na condição de visitante, costumeiramente, chega ao estabelecimento prisional no alvorecer do dia, onde todos os visitantes permanecem perfilados abaixo de sol ou chuva e munidos do documento de identificação e da carteira de visitante.

No caso de existência de objetos e alimentos para serem entregues ao preso, estes são entregues aos funcionários do estabelecimento para que sejam fiscalizados.

Depois de examinados os objetos, caso não seja encontrado nada que configure a ilicitude dos objetos, o visitante deve ser encaminhado a uma sala, na qual o visitante deve retirar sapatos e adotar o uso de chinelos e também deve se despir para que a vistoria seja realizada por funcionário penitenciário.

Nesta sala de revista costuma entrar um visitante por vez com um agente do mesmo sexo, excetuando o caso de crianças, que entram acompanhados de suas mães.

O agente penitenciário habitua-se a atentar para que não haja objetos no interior da boca do indivíduo entre língua e dentes, atrás de suas orelhas, nos cabelos, e em orifícios, como o ânus e a vulva.

O visitante também necessita fazer determinados movimentos com as pernas e braços, como agachamentos, e que por vezes são feitos sobre espelhos colocados no chão.

Após ser confirmado nada de ilícito em objetos e no visitante, é feita a liberação da visita ao presidiário.

Deve-se atentar ao fato de que toda pessoa visitante deve ser tratada com humanidade, respeito e dignidade por todos os funcionários da unidade prisional, visto que a faculdade de visitação é um direito e não um mero favor ou benefício concedido pelo Estado, devendo o Estado estimular as visitas e impossibilitar os entraves que dificultam a realização de visitas.

De modo complementar e necessário, são utilizados mecanismos detectores de metais ao basear-se em dúvida ou suspeita em relação ao suspeito portar algo ilícito, e que abrange um exame de toque, caso no qual as mulheres sofrem um maior constrangimento.

Vale ressaltar que, na extensão territorial do Brasil, diversos métodos têm sido utilizados para a realização da inspeção em visitantes, visto que o diretor da unidade prisional detém de poder discricionário, que resulta em estabelecer o modo de revista com base em seus critérios de revista íntima e pessoal para garantir a efetividade no cumprimento da Lei de Execuções Penais.

Ocorre que o procedimento de revista adotado de modo discricionário ocasionalmente se configura como constrangedor e agressivo em decorrência de dúvida e suspeita sem fundamento, o que faz com que a falta de dispositivo legal seja reclamada pelos visitantes, que figuram como uma ameaça social, mesmo que, na realidade gozam de inocência.

2.6. Detectores de Metais e Scanners Corporais

Atualmente, nos encontramos em uma era digitalizada, na qual se faz o uso de meios computadorizados para diversas atividades cotidianas, e deste modo é possível o uso de detectores de metais e de scanners corporais na revista de visitantes do sistema prisional.

Este uso visa alcançar o mesmo objetivo já mencionado para revistas prisionais e, de maneira mais benéfica aos visitantes, garante uma menor violação à Dignidade da Pessoa Humana, visto que não extrapola os limites do Direito a Intimidade.

A garantia de detectores não ultrapassados e eficientes caracteriza, assim, o método a ser buscado para inibir tentativas de adentrar o estabelecimento penal com ilícitos sem atentar contra Direitos Fundamentais do indivíduo.

A tentativa de burlar o sistema prisional teria uma probabilidade zerada de ocorrência, fazendo então, valer a pena o investimento em máquinas melhores e capazes de expor objetos escondidos sobre roupas e no interior dos corpos sem a necessidade de optar pela nudez do visitante.

Com o uso do aparelho se garante a Dignidade para os visitantes e a Segurança em presídios simultaneamente.

3. POSICIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO

No que tange a revista prisional, deve-se atentar ao ordenamento jurídico diante do conflito de direitos, buscando meios de solução de conflitos.

Para que se tenha a composição de conflitos, a utilização de princípios auxiliam na busca pela preservação de direitos.

Cabe também, o exame do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico vigente, bem como o do posicionamento legislativo, das orientações jurisprudenciais.

As propostas de mudanças devem ser analisadas, baseando-se em princípios, a fim de obter o ingresso no ordenamento.

Diante destas considerações, é cabível a análise aprofundada nas leis vigentes e no modo como são aplicadas.

3.1. A Legislação e o Conflito de Direitos diante da Legislação

A elaboração de atos normativos e leis deve se sustentar em requisitos constitucionais, que são princípios norteadores do mundo jurídico.

Estes direitos orientadores são denominados direito fundamentais, que tiveram origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e foram reiterados na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, e que são os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico e que perduram no decorrer de lapso temporal.

O que não for abarcado pela Constituição Federal vigente e em seus princípios é suscetível a um controle de constitucionalidade para que seja

estabelecida uma emenda ou para que seja decretada uma nulidade na lei aplicada sem atentar-se a devida orientação constitucional.

O Código Penal Brasileiro e do Código Processual Penal Brasileiro se encontram ultrapassados e desatualizados, e por conta disto, estão numa posição não condizente com a realidade e que gera estímulos a pratica de delitos devido seu cumprimento ameno.

Caracteriza-se, frente o exposto, uma enorme valorização do Direito a Segurança, que se encontra em um degrau acima do Principio da Dignidade da Pessoa Humana que é representado pelo Direito de Intimidade, substituindo-o, e a causa é clara, pois se trata da ineficiência do sistema penal que vigora no país.

A Lei de Execução Penal expressa em seu artigo 1º que a aplicação da execução penal deve “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, que conseqüentemente se remete a interação do condenado e seus familiares e amigos que se encontram na condição de visitantes.

Dispõe também a Lei acima exposta, de acordo com o artigo 41, inciso X, que é direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, desde que estes visitantes sejam devidamente qualificados, contendo seus nomes e graus de parentesco, além de se fazer o uso da documentação necessária para o ingresso ao estabelecimento prisional.

Em caráter suplementar, a Resolução Nº 04 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é recomendado que seja garantido o direito do preso a revista intima, em ambientes reservados dentro do estabelecimento penal, com seu direito a privacidade assegurado.

Em direção oposta ao que apresenta em seus artigos, a Lei de Execução Penal não regulamenta os procedimentos que devem ser adotados para que visitantes adentrem o estabelecimento penal, conforme o Título IV da lei supracitada onde é evidente a ausência de regulamentação.

O pensamento adotado por César Oliveira de Barros Leal (2003, p. 2), é de que “o conceito de segurança está entranhadamente vinculado a políticas de conteúdo repressório”, e que desta maneira, se baseia numa estratégia que encontra fundamentos na tentativa de dar fim à insegurança, à criminalidade e ao medo.

Esta valoração possui clareza, sendo caracterizada como de fácil percepção, como Yuri Frederico Dutra (2008, p. 1) afirma ser a Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária:

[...] O exemplo da Resolução nº 09/06 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que permitiu uma exceção ao princípio da dignidade humana em nome da segurança prisional, ao normatizar autorização de revista íntima manual em familiares de reclusos. (Grifou-se)

Destarte, dá-se prioridade à segurança, à ordem e a disciplina no âmbito prisional para que posteriormente se tente preservar a dignidade pessoal de quem ingressa o sistema penitenciário, passando a restringir direitos fundamentais de pessoas que se submetem ao sistema prisional na busca do convívio social com os reclusos/detentos.

Neste sentido se expressa Carlos Roberto Mariath (2008, p. 3):

No âmbito do sistema penitenciário, a afronta às garantias individuais avança [...].

Porém, o painel desenhado torna-se mais vil quando o Estado, na ausência de lei que discipline o tema, se volta, agora não mais contra seu "inimigo", mas contra os familiares e amigos deste, impondo-lhes procedimentos medievais de revista corporal por ocasião das visitas em estabelecimentos penais, tudo em nome da (in) segurança.

Importante frisar que a comunidade jurídica, ao enfrentar os casos de revista corporal, o faz abordando os limites constitucionais da busca pessoal como prevenção a delitos ou ainda como meio de prova. (Grifou-se)

É fato notório que a condenação dada ao indivíduo passa, desnecessariamente, a abranger a sua família por meio de procedimentos vexatórios e humilhantes, que degradam a honra do indivíduo, e que são considerados atos abusivos do Estado diante da pessoa por meio da vistoria corporal, e que para o familiar tem como resultado o sentimento de lesão, por parte do Estado, atribuído aos laços familiares e afetivos que se procura manter com o preso, comprometendo, deste modo, o convívio social e o desenvolvimento humano, indispensáveis à dignidade da pessoa humana, pertencente tanto ao visitante quanto ao preso.

A violação deste direito gera para o visitante a infelicidade de carregar consigo a indignação de ser penalizado por algo que não cometeu, e se transformando no início de incomodo que prevalecerá até o cumprimento da pena do familiar ou amigo preso.

A prática da violação é dotada de ilegalidade, de inconstitucionalidade e aparenta ter como objetivo que famílias e amigos parem de visitar o preso, por meio da punição dada aos visitantes pelo Estado no uso de seus mecanismos, que são meios que não atingem sua finalidade de não permitir a entrada de objetos proibidos, que por sua vez, continuam a adentrar estabelecimentos prisionais.

Cabe assinalar que o conflito de direitos fundamentais é gerado quando um titular faz o exercício de seu direito fundamental, e o exercício deste colide com o direito fundamental exercido por outro titular de direito, e logo, traz consequências negativas sobre o direito alheio, e neste sentido expressa Joana de Moraes Souza Machado Carvalho (2009, p. 85) que “ocorre a colisão, quando o pressuposto de fato de um direito afeta diretamente o pressuposto de fato de outro direito fundamental.”

E pode se fazer o uso do entendimento que expressa Norma Sueli Padilha (2006, p. 89), onde nesta decisão judicial sobre a prevalência de um ou outro direito “o que está em jogo [...] não é o sentido de uma linha de texto, mas o questionamento quanto aos valores que se pretende proteger e os valores que se contrapõe”, e com base nesse uso por analogia devido ao fato de seguir uma linha de raciocínio similar, pode se aplicar a ponderação na colisão entre os direitos fundamentais.

O confronto gerado entre os direitos de intimidade e de segurança é o ponto ideal a ser observado, pois não existe um controle de constitucionalidade muito menos uma lei que regulamente a revista pessoal, e sendo assim, há uma ampla discussão sobre até que ponto um direito pode se sobrepor a outro.

Desta maneira, para a questão de que se o Estado, que é criador de toda legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, afirma que a intimidade é inviolável e faz parte de direitos e garantias constitucionais, sendo inclusive assegurada a indenização de danos causados a ela, bem como a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, seria correto ou não a infração cometida no

âmbito prisional que expõe ao ridículo, ao vexatório e ao humilhante por não seguir balizamentos legais.

Sobre isto, disserta Fabiano André de Souza Mendonça (2000, p. 110) que:

É de se admitir o dever do Estado em reparar o dano. Afinal, é nesse dever que reside a própria Teoria da Responsabilidade sem culpa. O Estado tem a missão de recompor eventual desequilíbrio nos encargos públicos cometidos a seus cidadãos, aos quais venha a dar causa. (Grifou-se)

Firma-se que na violação ao fator isonômico deve se conferir a devida valia aos direitos fundamentais existentes, de modo a garantir o respeito ao equilíbrio entre estes.

3.2. Princípio da Personalidade da Pena

O estudo da evolução histórica do Princípio da Personalidade da pena, também nomeado Princípio da Intranscendência ou Princípio da Intransmissibilidade da pena, é dotada de extrema importância, pois dentro de um contexto histórico avalia o sistema punitivo, a aplicabilidade do Princípio no âmbito penal e a finalidade por ele alcançada. É de suma importância, também, que se tenha a análise do Princípio sob a ótica de escolas penais e da criminologia se remetendo a um caráter histórico e evolucionista.

O princípio supracitado se baseia em fundamentos da República constantes no artigo 1º, inciso III, ao tratar da dignidade da pessoa humana, pois alguma pessoa que não transgrediu as normas de comportamento impostas, por conseguinte, não deve se sujeitar no cumprimento de tal pena vexatória.

Dentro de um teor histórico, com as correntes ideológicas sendo organizadas geraram a possibilidade de criação de escolas penais, que dentre as

ideias apresentadas, objetivavam a crítica aos excessos que vigoravam no ordenamento jurídico penal que vigia a época.

Grandes pensadores como Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo desenvolveram teorias dentro da Criminologia que qualificavam a liberdade humana e tendo por base, inicialmente, o ser delinquente, ou seja, o criminoso presidiário e que secundariamente evoluiu a um estudo da criminalidade, maneira na qual se criou uma assimilação do contraste do rigor penal com os direitos do indivíduo.

Este princípio foi tutelado praticamente em todas as Constituições do Brasil.

É possível notar a presença do Princípio na Constituição do Brasil de 1824, que previa em seu artigo 179 no inciso XX que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”, e que segundo Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Marina Santana de Lacerda e Nayara Pereira Félix (2006, p. 208) “tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”.

Do mesmo modo o Princípio se fez presente na Constituição de 1891 em seu artigo 72 no seu parágrafo 19, que possuía os ditames que asseguravam que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”.

A mesma redação supracitada da Constituição de 1891 também esteve presente no texto da ulterior Carta de Direitos no artigo 113 em seu inciso 28, que é a Constituição de 1934.

Caracterizando um retrocesso frente aos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1937 não englobou o Princípio de Individualização da pena.

A seguinte Constituição, de 1946, teve o regresso deste princípio, que se encontrou disposto no artigo 141, no parágrafo 30, com os mesmos dizeres das Constituições de 1891 e de 1934.

O artigo 5º da atual Constituição Federal de 1988 assegura neste sentido que:

Art. 5º. XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

A privação de liberdade como meio punitivo corresponde a pena a ser aplicada por um delito, que por sua vez, em virtude deste mal praticado, torna inquestionáveis os impactos trazidos ao condenado, e que, por conseguinte também são encaminhados a seus familiares e amigos.

Fazendo o uso da ótica do Princípio da Personalidade da Pena, só poderia, de modo efetivo, o condenado sofrer as consequências do delito causado, visto que a pena é individual, sendo assim, devidamente responsabilizado de tal forma que a pena não transcenda a pessoa delinquente rumo a terceiros que seria uma imposição de pena por fato de outrem.

Conforme dissertam Rayssa Pires Amorim Cardoso e Nayara Garcia da Costa (2013, p.1):

Não cabe aqui analisar a afronta às garantias individuais em relação ao indivíduo privado de liberdade de locomoção, mas analisar as garantias individuais das pessoas ligadas a esse indivíduo, que, em nome da “segurança” são submetidos a procedimentos de revista pessoal, por ocasião das visitas a este em estabelecimentos penais. A segurança pública diz respeito a manutenção da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

E desta forma, não é aplicável ou executável a sanção penal contra pessoa a qual não seja autora ou participe do fato punível, sendo atribuída a pena um caráter inteiramente pessoal. A compreensão evidenciada trata do concurso de pessoas, que é mais bem definida como a convergência de vontades de pessoas tendo como finalidade um objetivo comum, que é a realização de um tipo penal, não sendo necessário que exista um acordo pré-estabelecido entre estas pessoas, bastando que os delinquentes estejam cientes de suas participações na conduta delituosa dentre outros requisitos considerados indispensáveis para efetuar o concurso de pessoas, e o Código Penal vigente destaca que:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Como no artigo 29 do Código Penal, o artigo 13 da mesma lei trata do Princípio da Personalidade da Pena no que tange ao nexó de causalidade:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Neste sentido, somente aquele que der causa ao resultado do tipo penal poderá ser penalizado, mantendo em si a teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes, conhecida como *conditio sine qua non* onde o resultado deve derivar de conduta do agente para responsabilizá-lo.

Ressalta-se que no âmbito penal, de acordo com a inteligência destacada por Marina Rúbia Mendonça Lobo (2006, p. 210) há a impossibilidade da extensão da pena, posto que, de maneira contrária, no âmbito civil cabe a extensão da responsabilidade pelo dano a terceiros.

Ter relação de parentesco ou afinidade com a pessoa presa não é definido como crime e nem pode se restringir a realização de visitas baseado neste relacionamento, ao ponto que as visitas são essenciais para que se mantenha a humanidade no opressor ambiente carcerário.

3.3. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Sistema Jurídico Brasileiro Após a CF/88

O controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos federais ou estaduais que afrontem preceitos constitucionais, no ordenamento jurídico brasileiro, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e esta competência é atribuída pelo artigo 102 da Constituição Federal com a possibilidade de retirada do sistema jurídico.

Conforme Yuri Frederico Dutra (2008, p. 02):

Há duas formas de julgar normas inconstitucionais:

Sob o aspecto do controle de constitucionalidade formal, avalia-se o processo de elaboração normativa e o posicionamento hierárquico das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Sob o aspecto do controle de constitucionalidade substancial, avalia-se se o conteúdo normativo desse regulamento administrativo está a ferir direitos humanos fundamentais.

O controle de constitucionalidade se configura como um mecanismo de verificação identificador de compatibilidade entre leis e atos normativos federais ou estaduais com a Constituição Federal que vige se atentando aos aspectos arrolados acima.

Este controle deriva do fato que os Poderes Legislativo e Executivo, em suas competências, não possuem permissão de criar leis que contrariam dispositivos constitucionais, visto que se criadas permaneceriam nulas e inaplicáveis sujeitos a declaração de inconstitucionalidade.

O controle sobre a inconstitucionalidade é feito de duas formas.

A primeira dela é pela via de exceção, que é instruída por ação judicial com incidente de inconstitucionalidade, onde se visa a remoção da eficácia de uma lei inconstitucional, mas que possui apenas o efeito *inter partis*, que só aplicado entre as partes constantes no polo passivo e ativo da ação judicial.

A segunda delas é denominada via de ação, onde se faz o uso de Ação Direta de Inconstitucionalidade, conhecida por ADIN, interposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF), objetivando a retirada da validade de lei ou ato normativo, possuindo um efeito *erga omnes*, modo pelo qual atinge as partes constantes no polo passivo e ativo da ação judicial e todas as outras pessoas não constantes na ação judicial, tendo força imediata e definitiva para que se aniquile o ato ou lei inconstitucional.

3.4. O Posicionamento da Resolução Nº. 09/2006 do CNPCP

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é conhecido como o primeiro dos órgãos de execução penal, e é atribuída a este órgão a missão de efetivar uma política criminal renovada em toda a jurisdição nacional, e especialmente uma política penitenciária, assim como a execução de planos nacionais de aperfeiçoamento e progresso quanto aos objetivos tidos como alvos e estabelecer as prioridades da política que vira a ser desempenhada.

A Resolução nº. 09, de 12 de Julho de 2006, pertencente ao CNPCP visa, com relação a revista feita em visitantes, expor procedimentos uniformes que devem ser adotados em instituições prisionais, e assim, se busca manter a disciplina e a ordem dentro dos estabelecimentos prisionais de modo que se veda o excesso no controle atribuído ao Poder Prisional.

A Resolução nº. 09/06, do CNPCP, é um exemplo claro da superavaliação do direito a segurança no sistema prisional face à dignidade da pessoa humana e ao direito a intimidade, onde expressa que considera primeiramente os meios e procedimentos adequados à manutenção da ordem e disciplina e o controle de entrada de cidadãos no interior de estabelecimentos prisionais, de modo assecuratório ao sistema prisional, para que enfim, posteriormente se busque preservar a dignidade pessoal do cidadão livre que

ingressa o estabelecimento penal em virtude de sua submissão a este controle de segurança, dando, destarte, providências.

Desta maneira, infringe necessidades e direitos dos reclusos e das famílias e dos amigos destes, de receber visitas e devido a submissão a revista íntima, respectivamente, para que se mantenha a disciplina da segurança penitenciária, que na verdade é uma necessidade de segurança coletiva que atualmente precede, em se tratando de importância, o direito a intimidade.

A condenação do indivíduo passa então a abranger sua família por meio de procedimentos vexatórios e humilhantes, que são atos abusivos para a história corporal e que resulta no sentimento de ser lesado pelo Estado devido aos laços familiares e afetivos que procura manter com o preso, comprometendo o convívio social indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, baseado na dignidade da pessoa humana.

Fácil notar que estes atos abusivos independem de qualquer fator, submetendo praticamente a todos uma revista pessoal, que visa buscar fatos comprobatórios de introdução de objetos a fim de uma tentativa de se provar a existência de algo que motive a fundada suspeita, prevista no artigo 2º da Resolução nº 09/2006 Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e no Código Processual Penal (Decreto-Lei 3689/41) em seu artigo 244, frisando que a abordagem de limites constitucionais da busca pessoal é feita como prevenção a delitos, ou ainda, como meio de prova baseado nesta suspeita, e que logicamente não é o meio mais adequado, visto que a possibilidade de dano à dignidade da pessoa humana, hipoteticamente, pode ser superior a esta medida, não permitindo assim a compensação de valores, e que remete a necessidade de uma análise sobre a viabilidade da revista pessoal dentro do contexto sócio-jurídico brasileiro diante dos preceitos Constitucionais e deste sistema que se pode considerar coercitivo e que não tem obtido êxito.

É constatado também que a entrada de objeto por meio de visitantes é somente uma variável, e não o principal meio de entrada, cabendo assim o questionamento acerca da falta de sustentação jurídica derivada da inconstitucionalidade do ato, visto que também existem outros meios de revista que poderiam ser adotados.

3.5. Orientação Jurisprudencial

O direito fundamental defendido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inegociável, e por assim ser considerado, deve prevalecer em meio a ponderação que é feita.

Adotando esta inteligência, foi entendido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dois casos expostos dentre vários que a revista íntima, onde há o desnudamento completo, movimentos de abaixar-se, abrir as pernas, fazer força e pular, é vexatória, humilhante, viola o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana, não possuindo justificativas sob qualquer hipótese por ser inadmissível se adotar que a finalidade justifica os mecanismos adotados para revista pessoal

Os casos supracitados são:

TJ-RJ – APELAÇÃO 0008843-17.2003.8.19.0204 (2004.050.01657) MARIA JULIA PINTO DE OLIVEIRA x MINISTERIO PUBLICO:

ENTORPECENTES. TRÁFICO. ESTABELECIMENTO PENAL (ART.12. C/C ART. 18, IV, LEI 6368/76). REVISTA PESSOAL ÍNTIMA. VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, X, C.F.). DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, C.F.) TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (ART. 5º, III C.F.). PROVA ILÍCITA (ART. 5º LVI, C.F.). ABSOLVIÇÃO.

Constatou-se que a apelante, ao submeter-se a revista íntima no Presídio Muniz Sodré, Complexo Penitenciário de Bangu - onde visitaria um preso -, trazia consigo, dentro da vagina, 317g. de maconha. O modo como se fez a apreensão do entorpecente, no interior da vagina, constitui prova obtida por meios ilícitos, inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI, Constituição Federal). Essa revista pessoal - obrigada a visitante a despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular – é vexatória, degradante, violenta o direito à intimidade (art. 5º, X, C.F.) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.F.), nenhum valor processual tendo a prova assim obtida. O Processo Penal Democrático não pode permitir a realização de busca manual nas entranhas da mulher, no interior da sua vagina. Não se pode relativizar a garantia constitucional, porque não se pode relativizar a própria dignidade humana. "Inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória."(José Frederico Marques). Recurso provido. Julgamento: 06/09/2005 - QUINTA CAMARA CRIMINAL. (Grifou-se)

TJ-RJ - APELACAO 0123573-24.2010.8.19.0001 ARLENE APARECIDA GONÇALVES x MINISTÉRIO PÚBLICO:

ENTORPECENTES. TRÁFICO. ESTABELECIMENTO PENAL (ART. 33, C/C ART. 40, III, LEI 11.343/06). REVISTA PESSOAL ÍNTIMA. VIOLAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, X, C.F.). DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, C.F.) TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE (ART. 5º, III, C.F.). PROVA ILÍCITA (ART. 5º, LVI, C.F.). ABSOLVIÇÃO.

Constatou-se que a apelante, ao submeter-se a revista íntima no interior do Presídio Alfredo Tranjan, nesta cidade - onde visitaria seu companheiro - trazia consigo, "no interior de sua vagina", 46g de maconha e 0,4g de cocaína. O modo como se fez a apreensão do entorpecente, no interior da vagina, constitui prova obtida por meios ilícitos, inadmissíveis no processo (art. 5º, LVI, Constituição Federal). A Inspetora Penitenciária informa que "compunha a equipe de revista corporal das visitantes dos internos, e no momento que a flagranteada abaixou, a declarante e a Inspetora Helenice viu algo escuro no interior da vagina da mesma." Essa revista pessoal - obrigada a visitante a despir-se completamente, abaixar-se, abrir as pernas, fazer força, pular - é vexatória, degradante, violenta o direito à intimidade (art. 5º, X, C.F.) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.F.), nenhum valor processual tendo a prova assim obtida. O Processo Penal Democrático não pode permitir a realização de busca manual nas entranhas da mulher, no interior da sua vagina. Não se pode relativizar a garantia constitucional, porque não se pode relativizar a própria dignidade humana. "Inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória." (José Frederico Marques). Recurso provido. Julgamento: 08/11/2012 – QUINTA CAMARA CRIMINAL. (Grifou-se)

O que se retira de entendimento, de acordo com a jurisprudência, é que a Dignidade da Pessoa Humana deve sempre prevalecer.

3.6. Projeto de Lei Nº 480/2013, do Senado Federal

O projeto de lei nº 480, de 2013, de autoria da Senadora Ana Rita, visa acrescentar artigos à Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, conhecida como a Lei de Execução Penal.

Este projeto de lei expressa em seu artigo 1º que a Lei de Execução Penal passa a vigorar com o acréscimo dos seguintes artigos:

Art. 86-A A revista pessoal, a qual devem se submeter todos que queiram ter acesso ao estabelecimento penal para manter contato direto ou indireto com pessoa presa ou ainda para prestar serviços, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública necessária à segurança de estabelecimentos penais, será realizado com respeito à dignidade humana, sendo vedada qualquer forma de desnudamento, tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. A revista pessoal deverá ocorrer mediante uso de equipamentos eletrônicos detectores de metais, aparelhos de raio-x ou aparelhos similares, ou ainda manualmente, preservando-se a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada e desde que não haja desnudamento, total ou parcial.

Art. 86-B Considera-se revista manual toda inspeção realizada mediante contato físico da a mão do agente público competente sobre a roupa da pessoa revistada, sendo vedados o desnudamento total ou parcial, o uso de espelhos e os esforços físicos repetitivos, bem como a introdução de quaisquer objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada.

§ 1º A retirada de calçados, casacos, jaquetas e similares, bem como de acessórios, não caracteriza o desnudamento.

§ 2º A revista manual será realizada por servidor habilitado e sempre do mesmo sexo da pessoa revistada, garantindo-se o respeito a dignidade humana.

§ 3º A revista manual será realizada de forma individual, e, caso a pessoa a ser revistada assim o deseje, poderá ser realizada em sala apropriada apartada do local da revista eletrônica e sem a presença de terceiros.

§ 4º A revista pessoal em crianças ou adolescentes deve garantir o respeito ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sendo vedado realizar qualquer revista, sem a presença e o acompanhamento de um responsável.

Art.86-C Admitir-se-á a realização de revista manual nas seguintes hipóteses:

I – o estado de saúde ou a integridade física impeça que a pessoa a ser revistada se submeta a determinados equipamentos de revista eletrônica;

II – após confirmação da revista eletrônica, subsistir fundada suspeita de porte ou posse de objetos, produtos ou substâncias, cuja entrada seja proibida.

§ 1º Os casos previstos no inciso I deverão ser comprovados mediante laudo médico ou registro de identificação de uso de algum aparelho médico.

§ 2º O laudo médico previsto no § 1º deverá ser expedido em até cento e oitenta dias antes da visita, exceto quando atestar enfermidade permanente.

Art. 86-D. Caso a suspeita de porte ou posse de objetos, produtos ou substâncias, cuja entrada seja proibida, persista após o uso de equipamento eletrônico ou a realização de revista manual, ou ainda o visitante não queira se submeter a esta, a visita poderá ser realizada no parlatório ou em local assemelhado, desde que não haja contato físico entre o visitante e a pessoa presa.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, será lavrada ocorrência em documento próprio com a assinatura do agente público responsável, do visitante e de duas testemunhas, entregando-se a respectiva cópia ao interessado.

Art.2º Esta Lei entra em vigor seis meses a partir de sua publicação. (Grifou-se)

É de clara percepção que os procedimentos que costumam ser adotado pelos estabelecimentos prisionais estarão vedados, pois o caso de suspeita deixa de permitir, como apresentado acima, o desnudamento, que é indício de tratamento degradante e desumano.

O método que deve ser adotado para a revista, conforme o projeto de lei, é mediante a utilização de equipamento eletrônicos, como detectores de metais e aparelhos de raios-X ou similares, e em ultimo caso se fará o uso da revista manual sem que haja desnudamento, uso de espelhos, esforços repetitivos e introdução de objetos nas cavidades corporais, de modo pelo qual se preserve a integridade física, moral e psicológica do revistado.

A revista manual é permitida em dois casos, que são exceções ao uso do método principal de uso de equipamentos eletrônicos.

A primeira possibilidade da revista manual depende do estado de saúde ou da integridade física do visitante, quando se impede a utilização da revista eletrônica, devendo estar comprovado por laudo ou registro médico expedido em 180 (cento e oitenta) dias anteriores a realização da visita.

A segunda hipótese ocorre após a revista eletrônica, com a subsistência de fundada suspeita de posse ou porte de objetos, produtos ou substancias cuja entrada no estabelecimento prisional seja proibida.

Quando persistir esta suspeita após o uso de revista eletrônica ou revista manual, ou ainda que o visitante não queria se submeter a revista pessoal, é facultado a realização da visita em parlatório ou local semelhante, porem, sendo vedado o contato físico entre visitante e pessoa presa e esta visita condicional será lavrada em documento próprio de ocorrências com assinaturas do servidor publico, do visitante e de duas testemunhas.

A justificação para este projeto de lei é de que no sistema penitenciário tem sido constante o desrespeito para com os visitantes e as garantias constitucionais dadas a todos os indivíduos.

Atualmente, a lei aguarda votação na Câmara de Deputados, visto que já foi aprovada de forma unanime pelo Senado Federal.

A Lei receberá o nº 7764/14 se aprovada.

3.7. A Lei Nº 15.552, de 12 de Agosto de 2014 do Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo é onde se encontra a maior população carcerária do Brasil, e conseqüentemente, é onde existe o maior número de visitantes.

Por meio da Assembleia Legislativa de São Paulo (ALESP), foi aprovada a Lei nº 15.552/2014 em Julho de 2014, e na data de 12 de Agosto de 2014 esta lei foi sancionada pelo Governador Geraldo Alckmin, e publicada no Diário Oficial no dia 13 de Agosto de 2014.

A lei vigora desde a data de sua publicação com os seguintes dizeres:

Art. 1º - Ficam os estabelecimentos prisionais proibidos de realizar revista íntima nos visitantes.

Parágrafo único - Os procedimentos de revista dar-se-ão em razão de necessidade de segurança e serão realizados com respeito à dignidade humana.

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, consideram-se:

II - visitante: toda pessoa que ingressa em estabelecimento prisional para manter contato direto ou indireto com detento;

III - revista íntima: todo procedimento que obrigue o visitante a:

1 - despir-se;

2 - fazer agachamentos ou dar saltos;

3 - submeter-se a exames clínicos invasivos.

Art. 3º - Todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica, a qual deverá ser executada, em local reservado, por meio da utilização de equipamentos capazes de garantir segurança ao estabelecimento prisional, tais como:

I - "scanners" corporais;

II - detectores de metais;

III - aparelhos de raios X;

IV - outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado.

Parágrafo único - Vetado.

Art. 4º - Na hipótese de suspeita justificada de que o visitante esteja portando objeto ou substância ilícitas, identificados durante o procedimento de revista mecânica, deverão ser tomadas as seguintes providências:

I - o visitante deverá ser novamente submetido à revista mecânica, preferencialmente utilizando-se equipamento diferente do usado na primeira vez, dentre os elencados no artigo 3º da presente lei;

II - persistindo a suspeita prevista do “caput” deste artigo, o visitante poderá ser impedido de entrar no estabelecimento prisional;

III - caso insista na visita, será encaminhado a um ambulatório onde um médico realizará os procedimentos adequados para averiguar a suspeita.

Parágrafo único - Na hipótese de ser confirmada a suspeita descrita no “caput” deste artigo, encontrando-se objetos ilícitos com o visitante, este será encaminhado à Delegacia de Polícia para as providências cabíveis.

Art. 5º - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 6º - As despesas resultantes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 7º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O Estado de São Paulo foi o primeiro a dar um passo importante no que tange a revista pessoal, estando em conformidade com o Projeto de Lei nº 480/2013 e possuindo o apoio de entidades como a Pastoral Carcerária, a Conectas Direitos Humanos, a Rede de Justiça Criminal, o Instituto de Defensores de Direitos Humanos (DDH), a Associação pela Reforma Prisional (ARP), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), a Justiça Global e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP).

Se caracteriza um grande avanço ao se reconhecer a revista vexatória como uma prática degradante, e assim, se proíbe a utilização de procedimentos invasivos.

Outros Estados tem se atentado a isto, aplicando revistas humanizadas que proíbem a nudez, criando normas similares, restringindo parcialmente os procedimentos de revista pessoal e instalando equipamentos eletrônicos de revista pessoal.

4. ANÁLISE DA REVISTA ÍNTIMA COMO TRANSMISSÃO DA PENA DO RECLUSO

É de suma importância a proteção de direitos fundamentais, de tal modo que o Estado tem sobre si a responsabilidade de garantir a efetivação destes direitos.

Entende-se, pois, que a imagem de um Estado Democrático de Direito depende das políticas públicas adotadas e na sua observância aos direitos humanos.

A revista íntima se mostra como mecanismo adverso aos direitos fundamentais presente na Constituição Federal, visto que o texto constitucional não permite a supressão da dignidade da pessoa humana sob pena de configuração de vício de inconstitucionalidade.

Além disto, a pena é dotada de individualidade, sendo assim, uma responsabilização individual, que lamentavelmente não é acatada por conta das revistas íntimas de visitantes feitas de modo vexatório.

Inúmeras vezes o tratamento atribuído ao visitante se assemelha ao tratamento conferido aos presos, caracterizando-os como criminoso, fazendo-os estar sujeitos a limitação de seus direitos de liberdade compartilhando as normas que devem ser cumpridas pelos reclusos.

A discricionariedade atribuída aos estabelecimentos prisionais determinam os métodos que serão empregados, bem como os limites ou a falta destes.

O resultado disto é a transferência da penalização do recluso ao visitante, tendo seus direitos fundamentais violados e se consolidando como vítima de preconceito, de modo a condenar o visitante pelo crime do presidiário.

Esta criminalização impõe o taxamento de criminoso gerador de consequências pesadas nos âmbitos pessoais e profissionais.

5. O CONFLITO DE DIREITOS E A SOLUÇÃO ADOTADA

Fundamental é analisar os princípios em questão, visto que se norteiam por direitos fundamentais.

A análise é feita não somente dos princípios, mas do conflito gerado entre eles e a solução que vem sendo adotada de modo a preservar direitos.

5.1. Direitos Humanos

São estes, direitos básicos pertencentes a todos os seres humanos, que se subdividem em direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, difusos e coletivos.

Seguindo esta inteligência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas expressa em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.”, não havendo, então, distinções.

Os direitos humanos se encontram em constante procedimento de constituição e reconstituição, sendo que estes tem sua origem como direitos naturais e inerentes a todos os indivíduos de modo igualitário, possuindo um caráter universal.

O ideal mantido nos direitos humanos possui fontes filosóficas de direito, que tecem a ideia de que direitos humanos são sustentados pelos direitos naturais e vice-versa, dando-se, apenas, uma nomenclatura diferenciada para os mesmos direitos, que não dependem de leis.

Este ideal que abrange a todos é preservado pela Carta internacional dos Direitos do Homem, que é resultado da união de diversos documentos

garantidores dos Direitos Humanos, como Declarações e Pactos Internacionais normatizadores de Direitos Humanos.

Com o surgimento da Organização das Nações no ano de 1945, a universalização do conceito dado aos direitos humanos obteve grande estima no âmbito jurídico em caráter internacional.

5.2. O Direito Fundamental de Segurança

O caput do artigo 5º da Constituição Federal consagrou a segurança como direito fundamental. Isto se deve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 2º expressa que “os direitos naturais e imprescindíveis do homem são: a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão”.

A segurança possui um sentido de garantia e proteção frente a direitos individuais e sociais, conforme consta no artigo 6º da Constituição Federal que trata da segurança como um direito social, o que faz da segurança, parte da estrutura que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Como um direito social, a segurança trata de medidas que visam concretizar a ordem pública e conseqüentemente, esta finalidade é exigida no Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que o direito social a segurança se liga de modo estrito ao desenvolvimento dos indivíduos num aspecto social, onde se acomoda os indivíduos em um a sociedade de modo justo e igualitário.

5.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é tida como um mínimo existencial para que se garanta o desenvolvimento pleno da pessoa humana, e é reconhecida como um princípio base para que se consagre um Estado Democrático de Direito, onde as garantias fundamentais concedidas à sociedade são humanitárias permitindo o exercício de direitos sociais e individuais.

Além disto, é um valor moral e espiritual que é inerente a todos os indivíduos, sendo um preceito máximo do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana tem concentrados em si inúmeros valores que constam na sociedade, sendo então, arrolada na Constituição Federal.

Este princípio é o de maior amplitude e simultaneamente o princípio capital, pois é visto como essencial ao desenvolvimento humano e baseia os demais princípios, normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

5.4. O Princípio do “*Nemo tenetur se detegere*”

Este Princípio se encontra expresso no artigo 8º, §2º, alínea ‘g’ da Convenção Americana de Direitos Humanos, que é o Pacto de San Jose da Costa Rica, e que garante ao indivíduo o direito de não produzir provas contra si mesmo e nem se confessar culpado ou prestar informações que possam instruir uma acusação criminal.

O inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal contempla este princípio como um direito mínimo do acusado.

Neste entendimento, também pode se retirar a ideia que o ônus da prova pertence ao órgão acusador, tendo como base regras de direito.

Este direito é invocado apenas em casos nos quais o Estado possui interesse em apurar determinado fato, tal como é a revista pessoal no âmbito prisional.

Porem, só é possível a utilização deste direito em situações nas quais a apuração de delito se dá por meio de suspeita, onde o Estado investiga objetivando desvendar uma infração penal.

Este princípio, deste modo, se consagra como uma garantia mínima inerente a toda pessoa que seja acusada.

Desta maneira, o uso da Constituição Federal, por conta destas ocorrências referentes aos excessos cometidos pelo Estado, é dificultado, pois deixa de se preservar valores pertencentes à pessoa com a violação corporal e psicológica praticada.

5.5. O Conflito de Direitos entre Segurança e Intimidade

O Estado se legitima, em seu caráter soberano, pela submissão e consentimento dos indivíduos, e este vínculo é limitador do campo de ação do Estado, ao posto que se dá ao individuo direitos e deveres, caracterizando, assim, um “Estado de Direito” balizado por normas jurídicas.

Ante o exposto, é visível que o Estado é dotado de um comportamento ativo na aplicação normativa, estando baseado no ordenamento jurídico, devendo, diante disto, obedecer aos princípios estabelecidos, auferidos as pessoas.

O confronto de princípios é frequente no ordenamento jurídico, e, nesta colisão, um princípio pode ter precedência em face de outro, mas sem que se considere o princípio cedente inválido, caracterizando uma cláusula de exceção que ocorre sob condições previamente determinadas.

Para isto, se faz o uso do Princípio da Proporcionalidade, devendo se atentar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consiste em se usar os métodos adequados previsto em leis para que se alcance uma finalidade, devendo estar apropriada aos mandamentos normativos.

A necessidade repousa sobre a determinação de que deve se ter a menor carga restritiva de direitos fundamentais, de modo pelo qual será a medida menos onerosa para a coletividade.

A proporcionalidade em sentido estrito se baseia na exigência de uma relação onde se mede de modo justo os valores confrontantes, bem suas restrições e sua efetivação.

Cabe, portanto, ao Estado, promover soluções na busca pela ponderação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana representado pelo Direito à Intimidade e o Princípio da Segurança Pública.

Analisa-se, então, o indivíduo ligado ao recluso e suas garantias individuais que podem vir a ser objeto de violação pela ação estatal em virtude do anseio pela segurança.

Assim sendo, o Estado passa a utilizar de coação de modo a garantir uma situação atrativa e insubstituível a vida social, mas de maneira incorreta, configurando um abuso de poder punitivo estatal.

A política adotada nas visitas em presídios abriga este confronto de princípios, e continua a existir devido a necessidade da manutenção de laços de parentesco, que é o único elo entre o presidiário e o mundo externo ao presídio.

De maneira incongruente, a revista íntima se baseia numa falsa impressão de garantia ao direito de segurança devido à ineficiência.

A função do Princípio da Segurança, na verdade, é estimular a segurança com alicerces na igualdade, não permitindo o exagero estatal, garantindo um mecanismo de proteção às pessoas tratadas como desiguais.

O ideal, neste caso, ao invés da revista íntima, é a utilização de outros meios garantidores de segurança para que não se configure a violação de princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e da personalidade e individualização da pena.

Fato é que o que gera o conflito também deriva do mau emprego do Princípio da Segurança, e desta maneira pairam dúvidas quanto à interpretação, onde se confunde a segurança do artigo 5º da Constituição Federal com a preservação da ordem pública constante no artigo 144 do mesmo texto.

A violação de direitos fundamentais passa então a criar alicerces com a errônea interpretação que desvirtua a função deste Princípio que deveria promover a igualdade.

A correta interpretação seria a segurança referente ao exercício de direitos individuais e sociais, que também conta no artigo 6º da Constituição Federal, determinando o dever de “assegurar a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança”.

5.6. Possibilidade de Indenização em casos Vexatórios

Quando se trata de responsabilização, a ideia que se atribui é de que se responsabiliza a pessoa física ou jurídica por algum dano ou prejuízo causado a outrem, desde que tenha dado causa a este resultado, e sendo assim, a responsabilidade repousa sobre a conduta, o nexo de causalidade e resultado.

Ao se trazer a responsabilidade para o âmbito do dever do funcionalismo público, a repercussão do dano ou prejuízo causado encontra gravidade e relevância maiores do que o comum, merecendo uma atenção redobrada.

Para que haja esta responsabilização deve se definir a obrigação originária do indivíduo consistente em um dever jurídico e a responsabilidade decorrente do descumprimento desta obrigação.

Assim, o servidor público deve agir de maneira na qual não infringe os limites de suas funções nem venha a lesar os direitos do indivíduo que se submete a revista prisional, visto que o procedimento de revista íntima pode se encontrar em

desconformidade com a normalidade de visitação por conta de uma exceção ocasionada pela suspeita infundada.

O abuso de direito no âmbito prisional, ocasionado pelo dano ou prejuízo derivado da prática de qualquer ilegalidade, se define como ato que sobrepuja as funções designado ao agente público, que por vezes se encontra como apedeuta frente aos limites de suas funções.

A reparação do injusto causado pelo excesso se encontra no artigo 187 do Código de Processo Civil vedando o abuso de direito.

O funcionário que pratica a ilegalidade deve responder pelos atos que cometeu no âmbito penal e administrativo.

O problema não reside apenas no *quantum* indenizatório por danos materiais, mas também no campo dos danos morais que possuem dificuldade em serem mensurados.

O Informativo Nº 0364 do STJ expressa neste sentido ao tratar do Recurso Especial Nº 856.360-AC:

STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 856.360-AC 92006/0118205-0) MARAYSA ARAÚJO DE OLIVEIRA x ESTADO DO ACRE:

DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. EXCESSO.

A recorrente foi submetida à revista íntima numa penitenciária, ao visitar seu namorado, recluso naquele estabelecimento prisional. Consta que o procedimento para tal revista ocorreu de forma excessiva, visto que, após permanecer por mais de uma hora despida para realização de exames íntimos por agentes penitenciários, não sendo encontrado nenhum vestígio de entorpecente com a recorrente, encaminharam-na até a emergência de um hospital público, onde não foi atendida; levaram-na, então, na mesma viatura policial, até uma maternidade. Ali, mediante exame ginecológico e outros por demais constrangedores, confirmou-se a ausência de qualquer substância entorpecente no seu corpo. Diante disso, a Turma deu provimento ao recurso ao entendimento de que há obrigação de reparar o dano moral, pois se encontram presentes todos os elementos aptos a ensejar o abalo psicológico, não sendo mero dissabor o constrangimento causado à recorrente. Efetivamente, constata-se um abuso de direito, afinal não se discute a necessidade de impor-se como rotina a revista íntima nos estabelecimentos; a prática, por si só, não constitui tal abuso e não enseja reparação por danos morais. Questiona-se a forma como foi exercido o direito estatal, por métodos vexatórios, em desrespeito à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Desse modo, não há que se falar em inexistência de dano moral, conforme aduz o Estado, já que o exercício regular do direito atinente à segurança não pode ser utilizado como instrumento para cometer atos que atinjam, de forma desproporcional e desarrazoada, o direito de outrem. Outrossim, esse argumento não pode

sobrepor-se à dignidade da pessoa humana. Ministro Relator: Eliana Calmon, julgado em 19/8/2008.

Demonstra-se, portanto, a necessidade de se atribuir a responsabilização ao agente público pelos danos causados pela revista íntima infundada e que resulta na ausência de objetos proibidos no ambiente carcerário. E não é possível negar as consequências pela prática de atos abusivos e sua responsabilização, visto que fere direitos humanos que se encontram assegurados pela Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, com base no estudo analisado, que há o conflito notório entre o direito fundamental a segurança e a dignidade da pessoa humana (direito a intimidade), onde a segurança se encontra mal interpretada devido ao fato de ser maximizada e muito valorada de maneira infundada, que por sua vez, ilude quanto a obtenção de segurança, sem que fossem notadas outras necessidades inerentes a pessoa humana de modo a expor o indivíduo ao vexatório, lesando direitos, e esquecendo que a dignidade da pessoa humana representa uma proteção para a preservação da pessoa em si, possuindo um valor muito maior frente a segurança, caracterizando assim, uma ponderação errônea que sentencia e puni terceiros de modo desnecessário pelo abuso do poder punitivo estatal, que deveria ser tido como *ultima ratio* e que não poderia de forma alguma ser estendida do criminoso rumo a terceiros, e que se feita corretamente alcançaria verdadeira ponderação de interesses em conflito, que remete a uma ideia de razoabilidade e adequação, e que se baseia no Princípio da Ponderação entre os direitos postos em conflito, onde esta ponderação se baseia nos valores ameaçados e na dimensão valorativa que um direito pode ter sobre outro. O ideal seria a utilização de outros meios que possam garantir a segurança buscada para que não se consolide a violação de princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e da pessoalidade e individualização da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Apelação Nº 0008843-17.2003.8.19.0204-RJ (2004.050.01657). **Apelante: Maria Julia Pinto de Oliveira, Apelado: Ministério Público**. Desembargador Relator: Sergio de Souza Verani – Quinta Câmara Criminal. Julgado em 06 de Setembro de 2005.

_____. Apelação Nº 0123573-24.2010.8.19.0001-RJ. **Apelante: Arlene Aparecida Gonçalves, Apelado: Ministério Público**. Desembargador Relator: Sergio de Souza Verani – Quinta Câmara Criminal. Julgado em 08 de Novembro de 2012.

_____. **Cartilha da Defensoria Pública sobre Revista de Visitantes em Unidades Prisionais**. Disponível em: <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/07/1-Revista_Visitantes-2.pdf>

_____. **Código Penal** - Decreto-lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Código de Processo Civil** – Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.

_____. **Código de Processo Penal** - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. **Constituição Federal** – Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil** de 25 de Março de 1824.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de Fevereiro de 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de Julho de 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de Novembro de 1937.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 15 de Março de 1967.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

_____. **Habeas Corpus nº 0269428-71.2012.8.26.0000**, da Comarca de Taubaté (Parentes Visitantes da População Carcerária dos Presídios da Comarca de Taubaté). <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/07/Acórdão.pdf>>

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais)**, do Congresso Nacional.

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de Dezembro de 2003**, do Congresso Nacional.

_____. **Lei nº 15.552, de 12 de Agosto de 2014**, do Estado de São Paulo.

_____. Ministério de Justiça. **Portaria Nº. 132**, de 26 de Setembro de 2007 (Departamento Penitenciário Federal), Brasília, 2007.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal** - PLS, Nº 480 DE 2013, da Senadora Ana Rita.

_____. Recurso Especial Nº 856.360-AC (2006/0118205-0). **Recorrente: Maraysa Araújo de Oliveira, Recorrido: Estado do Acre**. Ministra Relatora: Eliana Calmon – Segunda Turma, julgado em 19 de Agosto de 2008.

_____. **Resolução N.º 01**, de 30 de Março de 1999, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.
<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/qcsubsites/upload/40/ato_normativo_federal_resol-01.pdf>.

_____. **Resolução N.º 04**, de 29 de Junho de 2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

_____. **Resolução N.º 09**, de 12 de Julho de 2006, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/07/cnpscp.pdf>>.

_____. **Resolução N.º 14**, de 11 de Novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

BUONAMICI, Sergio Claro. **Direito Fundamental Social à Segurança Pública**. 2011, Revista de Estudos Jurídicos – Unesp. Disponível em:
<<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/341/338>>
Acesso em: 08 out. 2014.

CAMPOS, Carolinne Pinheiro; CARDOSO, Mariana de Jesus; e DUTRA, Yuri Frederico. **A revista íntima realizada em familiares de presos.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-revista-intima-realizada-em-familiares-de-presos/100672/>>. Acesso em: 15 out. 2013.

CARDOSO, Rayssa Pires Amorim; e COSTA, Nayara Garcia da. **A revista íntima realizadas em familiares de presos e sua violação aos princípios constitucionais.** 2013. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-revista-intima-realizadas-em-familiares-de-presos-e-sua-violacao-aos-principios-constitucionais/106346/>>. Acesso em 16 out. 2013.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Fabris, 2009. 128 p. ISBN 978-85-7525-501-8

CRIMINAL, Rede de Justiça. **Revistas Vexatórias.** Disponível em: <<http://www.fimdarevistavexatoria.org.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

DECLARAÇÃO de Direitos Humanos de Viena de 1993.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.

DIP, Andrea; e GAZZANEO, Fernando. **Eles assistem tudo, depois é a vez deles.** Disponível em: <<http://www.apublica.org/2013/07/eles-assistem-tudo-depois-e-vez-deles/>>. Acesso em: 15 out. 2013.

DUTRA, Yuri Frederico. **A realidade da revista íntima nas prisões catarinenses.** 2008. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST42/Yuri_Frederico_Dutra_42.pdf> . Acesso em: 17 out. 2013.

DUTRA, Yuri Frederico. **A inconstitucionalidade da revista íntima realizada em familiares de presos, a segurança prisional e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1442/1145>>. Acesso em 10 out. 2013.

FIORI, Ariane Trevisan. **Os Direitos individuais e a intervenção corporal: A Necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf> . Acesso em: 05 out. 2013.

FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. **Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 154 p. ISBN 85-7387-984-X

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização.** 2010, Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso: 26 abr. 2014.

JUSBRASIL. **Mulher será indenizada por revista íntima abusiva em visita a presídio;** 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/102014>> Acesso em 04 de agosto de 2014.

KLOCH, Henrique; MOTTA, Ivan Dias da. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização).** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 190 p. ISBN 978-85-7699-185-4

LEAL, César Oliveira de Barros. **Legitimação do Sistema Penitenciário no contexto de uma política de observância dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26312.pdf>>. Acesso em 16 out. 2013.

LÔBO, Marina Rúbia Mendonça; LACERDA, Marina Santana de; FÉLIX, Nayara Pereira. **O princípio da personalidade e suas garantias constitucionais e penais.** 2006. Disponível em: <<http://seer.ucg.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/2766/1689>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

LONGO, Ivan. **Revista Vexatória em São Paulo: O que falta proibir?** 2014. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/159/revista-vexatoria-o-que-falta-para-proibir/>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da revista corporal no âmbito do sistema penitenciário.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13588-13589-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia: a igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000. 158 p. ISBN 8574530913

NASSARO, Adilson Luís Franco. **A busca pessoal e suas classificações.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/9608>>. Acesso em: 13 out. 2013.

OMMATI, José Emilio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito.** Porto Alegre: Fabris, 2004. 175 p. ISBN 85-7525-285-2

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial.** Porto Alegre: Fabris, 2006. 182 p. ISBN 85-7525-374-3

PAULA, Ana Carolina Medeiros Costa; e SANTANA, Isael José. **Mulheres: a violação dos direitos fundamentais por meio da revista íntima.** Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/viewFile/2291/1888>>. Acesso em: 17 out. 2013.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade:** investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Fabris, 2005. 232 p. ISBN 85-7525-300-X

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. 279 p. ISBN 85-02-03996-2

SCHÜTZ, Vanessa Casarin. **O princípio da isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 133 p. ISBN 978-85-7348-592-9

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7361/o-direito-constitucional-ao-silencio-e-suas-implicacoes>> Acesso em 08 out. 2014

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 353 p. ISBN 9788571477148