



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DYOGO PEREIRA MEDEIROS LEITE

**O DIREITO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS À VISITA ÍNTIMA
NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

DYOGO PEREIRA MEDEIROS LEITE

**O DIREITO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS À VISITA ÍNTIMA
NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, do centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho

CAMPINA GRANDE – PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

L533d Leite, Dyogo Pereira Medeiros.

O direito à visita íntima dos casais homoafetivos nos estabelecimentos prisionais brasileiros [manuscrito] / Dyogo Pereira Medeiros Leite. - 2014.

21 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho, Departamento de Direito Público".

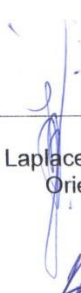
1. Visita íntima. 2. Casais homoafetivos. 3. Dignidade humana. I. Título.

21. ed. CDD 342

DYOGO PEREIRA MEDEIROS LEITE

**O DIREITO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS À VISITA ÍNTIMA
NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS**

Aprovada em 26/02/2014



Prof. Laplace Guedes/ UEPB
Orientador



Prof. Amilton de França / UEPB
Examinador



Prof. Glauber Salomão Leite / UEPB
Examinador

O DIREITO DOS CASAIS HOMOAFETIVOS À VISITA ÍNTIMA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

LEITE, Dyogo Pereira Medeiros¹

RESUMO

No presente artigo, explana-se sobre o instituto penal e processual da visita íntima aplicada aos homoafetivos. Por meio dele, argumenta-se que tal direito é assegurado constitucionalmente e, pelo princípio da igualdade, não deve restar afastado a essas pessoas, uma vez que todo ser humano deve exercer a sua sexualidade de maneira plena, até para satisfação própria. Assegurou-se aos detentos homossexuais o direito à visita íntima nos presídios de todo o país por meio da resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Ministério da Justiça, que foi publicada em julho de 2011 no *Diário Oficial da União*. De acordo com a resolução, o direito de visita íntima passa a ser assegurado às pessoas presas casadas, em união estável ou em relação homoafetiva. A medida revogou a Resolução nº 01/99 de 30 de março de 1999, publicada no *Diário Oficial da União* de 5 de abril de 1999, que omitia, na recomendação sobre a visita íntima feita aos departamentos penitenciários estaduais, o relacionamento gay. A visita íntima deve ser assegurada pela direção do estabelecimento prisional pelo menos uma vez por mês.

PALAVRAS-CHAVE: VISITA ÍNTIMA; CASAIS HOMOAFETIVOS; IGUALDADE; DIGNIDADE HUMANA.

¹ Graduando do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas. E-mail para contato: dyomedeiros@hotmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A VISITA ÍNTIMA E SUA INTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO	6
1.1 ASPECTOS E IMPLICAÇÕES DA VISITA ÍNTIMA QUANTO AOS HOMOAFETIVOS	8
2 HOMOAFETIVIDADE: UM OLHAR SOBRE O OUTRO	10
3 DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA	13
3. 1 DA IGUALDADE	13
3.2 DA DIGNIDADE HUMANA.....	15
4 DO DIREITO À SEXUALIDADE	17
CONSIDERAÇÕES FINAIS	17
REFERÊNCIAS	19

INTRODUÇÃO

No presente artigo, buscou-se explicar sobre o instituto da visita íntima. Inicialmente, procurou-se tecer uma consideração histórica sobre o tema, trazendo à tona informações pertinentes que ajudem a entender a importância do mesmo para o âmbito jurídico.

Em 1984, por meio da Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), normatizou-se o direito a visitas íntimas, precipuamente aos homens e, após modificações nesse ramo do direito, foi estendido às mulheres e aos homossexuais.

De outro modo, seguiu-se contextualizando esse importante direito assegurado constitucionalmente para, assim, adentrar no objetivo primeiro desse artigo, que é expor a realidade desse instituto legal e suas implicações.

Ademais, notou-se que a matéria resta assentada fundamentalmente em princípios constitucionais, como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sendo indissociáveis na aplicação concreta e efetiva desse direito da pessoa privada de sua liberdade.

Por outro lado, expõem-se aspectos da homossexualidade, que ajudam no entendimento dessa realidade mais premente e inafastável do cotidiano: a de pessoas que buscam terem sua sexualidade respeitada e sem questionamentos pela sociedade, uma vez que a liberdade sexual é tida como um direito inerente ao ser humano.

1 A VISITA ÍNTIMA E SUA INTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

Anteriormente à promulgação da Lei de Execução Penal, que assegurou o direito à visita íntima com fulcro constitucional, as visitas não ocorriam de modo formal, mas sim por meio da montagem de barracas nos pátios das penitenciárias, que permitiam a essas pessoas um pouco de privacidade, em dias de visita e sobre as quais os carcereiros e responsáveis pela ordem nessas instituições faziam-se de desentendidos.

Por outro lado, defende-se que a castidade obrigada, no caso da inocorrência do contato íntimo do preso com seu cônjuge ou companheiro, não faz parte da pena, que deve restringir a liberdade de ir e vir, não contemplando a ausência da visita.

A supressão da relação de afeto com o cônjuge e os demais familiares do preso se revela desencadeador de reações violentas, evitáveis com a possibilidade desse contato, que serve ao indivíduo encarcerado como referência no processo de ressocialização, na medida em que o mesmo mantém seu contato com o mundo exterior e, assim, não fica tão desolado ante a condição que se encontra.

A visita íntima é um instituto por meio do qual o preso mantém alguma espécie de contato com o mundo exterior, não deixando, por isso, de ser responsabilizado por sua conduta cometida ilicitamente. Isso ajuda no seu processo de reinserção na sociedade depois de cumprida a pena, o que é de vital importância para garantir que o mesmo não venha a cometer novos atos ilícitos, e que tenha compreendido o que fez anteriormente, e as consequências que isso acarretou.

Não se discute haver pontos negativos, levantados por parte da doutrina: a) o direito à visita íntima retira o controle integral do Estado em relação aos contatos entre presos e pessoas de fora do estabelecimento penal; b) permite-se, por meio desse direito, o ingresso de instrumentos e aparelhos celulares, uma vez que não se consegue fazer a revista pessoal no visitante de maneira completa, até por ser uma questão de invasão de privacidade (tema sobre o qual repousa polêmicas incessantes); c) pode-se incentivar a prostituição, já que o preso solteiro, pretendendo fazer valer o seu direito, tende a servir-se desse tipo de atendimento; d) se a prisão não deixa de ser um castigo, a possibilidade de acesso ao relacionamento sexual periódico torna a vida no estabelecimento prisional mais próxima do cotidiano de quem está solto; e) o ambiente prisional não é adequado, nem há instalações próprias para tal ato de intimidade, podendo gerar promiscuidade; f) há presos que são obrigados a comercializar suas mulheres a outros, para que prestem favores sexuais em virtude de dívidas ou outros aspectos.

Apontadas tais objeções, ainda acredita-se que a visita íntima é um mal menor, uma vez que não somente incentiva à ressocialização do preso, como inibe, de certa maneira, a violência sexual entre presos. Sob a correta tutela estatal, com fiscalização e controle, o ganho para a reintegração à sociedade resta evidente.

Ademais, o Decreto Federal 6.049/2007 disciplinou o assunto da seguinte maneira: “A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça” (art. 95, *caput*).

O direito assegurado aos presidiários em relação ao contato íntimo com seu cônjuge ou companheiro é recente no ordenamento jurídico brasileiro. Previsto na

Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), o instituto da visita íntima, inicialmente, era apenas assegurado aos presidiários de sexo masculino. Mais tarde, foi estendido também às mulheres. Veja-se sua primeira redação: Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em alguns dias determinados (...).

Em 30 de janeiro de 1999, na resolução número 1, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) recomendou aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que o direito à visita íntima fosse assegurado aos presidiários de ambos os sexos.

1.1 ASPECTOS E IMPLICAÇÕES DA VISITA ÍNTIMA QUANTO AOS HOMOAFETIVOS

Em 04 de julho de 2011, surge uma nova Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Ministério da Justiça, que deu aos detentos homossexuais o direito a visitas íntimas nos presídios de todo o País.

Dispõe o art. 1º da supracitada Resolução:

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

Ainda de acordo com a Resolução, o direito à visita íntima é assegurado às pessoas presas casadas, em união estável ou em relação homoafetiva (art. 2º). A pessoa presa, ao ser posta no estabelecimento prisional, deve informar o nome do cônjuge ou de outro parceiro ou parceira para sua visita íntima (art. 5º). Importante frisar que, conforme o art. 8º dessa Resolução, a pessoa que se encontra presa não pode fazer duas indicações simultâneas e apenas pode nominar o cônjuge ou novo parceiro ou parceira de sua visita íntima após o cancelamento formal da indicação anterior.

Para habilitar-se à visita íntima, o cônjuge ou outro parceiro ou parceira indicado deve cadastrar-se no setor competente do estabelecimento prisional (art.6º). As visitas ficam asseguradas pelo menos uma vez por mês (art.3º).

Além disso, cabe à direção do estabelecimento prisional o controle administrativo da visita íntima, como o cadastramento do visitante, a confecção, sempre que possível, do cronograma da visita, e a preparação de local adequado para sua realização e ainda informar a pessoa presa, cônjuge ou outro parceiro ou parceira da visita íntima sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas e de doenças sexualmente transmissíveis.

Pelo exposto, nota-se que foi levado em consideração na feitura dessa Resolução, que a visita íntima se constitui em direito constitucionalmente assegurado à pessoa presa, além do que existe a deliberação no sentido de que as pessoas presas tenham condições efetivas de usufruir o direito desse instituto jurídico.

Dessa forma, percebe-se a intenção do legislador em assegurar que as diferenças sejam respeitadas para gerar igualdade de direitos e que as condições sexuais devem ser consideradas inclusive no campo criminal e penitenciário, garantindo visita íntima à população carcerária LGBT.

A Resolução ocorreu em junho de 2011, um mês após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a igualdade de direitos para a união homossexual. Com a decisão, casais homoafetivos conseguiram direito à pensão, herança, compartilhamento de planos de saúde e possibilidade de adotar filhos.

O sistema prisional paraibano passou a permitir visitas íntimas para presos homossexuais a partir de abril de 2012. O Governo do Paraíba divulgou uma portaria no Diário Oficial, na qual se permite que pessoas do mesmo sexo possam receber visitas de parceiros (as) de igual sexo, sendo asseguradas, desse modo, as mesmas condições das pessoas reclusas que possuem relacionamentos heteroafetivos.

Essa decisão retratou um importante passo do Estado no sentido de amenizar a discriminação sofrida por aqueles apenados que buscam nos seus pares do mesmo sexo o exercício pacífico da sexualidade que ostentam. Por meio daquela portaria, garantiu-se isonomia de tratamento a todos os detentos, independente da opção sexual escolhida por aqueles, que, assim, terão o direito de manter suas relações homoafetivas nas penitenciárias paraibanas.

Conforme a portaria, o apenado, sentenciado ou provisório, possui o direito à visita íntima, sendo assegurado às pessoas presas casadas entre si ou em união estável de relações hetero ou homoafetivas. Ademais, as visitas devem acontecer

com periodicidade, duração, horários e procedimentos definidos pela autoridade competente.

Ainda de acordo com a portaria, para que seja assegurado esse direito, o (a) apenado (a) que estiver em união estável homoafetiva não reconhecida judicialmente deverá indicar, por escrito, nome completo do cônjuge e informações necessárias à correta identificação do (a) companheiro (a) para fins de controle e registro pelo estabelecimento prisional, do mesmo modo que se realiza em relação ao apenado que se encontra em uma união estável heteroafetiva não reconhecida.

Por outro lado, as visitas podem ser suspensas nos casos de: atitude inadequada ou de indisciplina apuradas em procedimento administrativo, sejam cometidas pelo apenado ou seu cônjuge; quando for posta em risco a segurança do preso ou de funcionário da unidade prisional; e, por fim, se o recluso mesmo fizer a solicitação.

2 HOMOAFETIVIDADE: UM OLHAR SOBRE O OUTRO

No que concerne à história da homossexualidade no mundo, viu-se que ela fluiu de acordo com cada país. Os questionamentos referentes à dinâmica dos direitos que essas pessoas possuíam protraíram-se até a atualidade.

Segundo o relatório anual sobre homofobia divulgado em maio de 2013 pela Ilga (sigla em inglês para International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), pelo menos 78 países ainda contam com leis que criminalizam práticas homossexuais. Pessoas declaradas culpadas pela sua condição homossexual podem ser condenadas à morte em cinco países: Arábia Saudita, Irã, Iêmen, Mauritânia e Sudão, além de regiões da Nigéria e da Somália.

Permitido atualmente em 14 países, o casamento gay foi autorizado na Dinamarca em 1989 e depois adotado por Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina. Em 2013 também entraram para a lista: Uruguai, Nova Zelândia e França.

A homossexualidade foi tida por muito tempo como uma doença, um grave distúrbio psicológico. Entretanto, as principais organizações de saúde, incluindo as de psicologia, não mais assim a consideram, nos dias de hoje.

Em 1973, a homossexualidade deixou de ser classificada como doença pela

Associação Americana de Psiquiatria, e dois anos depois, pela Associação Americana de Psicologia.

No Brasil, no ano de 1985, o Conselho Federal de Psicologia deixou de considerar a homossexualidade como um desvio sexual, estabelecendo, em 1999, regras para a atuação dos profissionais da Psicologia em relação a questões de orientação sexual, em especial partindo do princípio que a homossexualidade “não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”. Consoante a edição 27, ano XII, de agosto de 1993, do Boletim do Grupo Gay da Bahia (GGB), em 1985, anos antes, portanto, do CFP se pronunciar sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina também passou a impedir a classificação da homossexualidade como desvio e transtorno sexual.

Em 1990, nas leis orgânicas de 73 municípios e nas constituições dos Estados do Distrito Federal, Sergipe e Mato Grosso, foi incluída a clara vedação a discriminar pela orientação sexual. Ademais, desde 1991, a Anistia Internacional considera a discriminação contra homossexuais uma violação aos direitos humanos. Pois bem. Quando a homossexualidade passou a não ser vista mais como uma doença, foi importante para que países atenuassem a punição àquelas pessoas que ostentavam aquela condição e, com isso, garantias e direitos passaram a ser assegurados a esses indivíduos, de modo similar aos casais heterossexuais.

Antes mesmo que os colonizadores chegassem ao nosso país, o homossexualismo era amplamente praticado pelos índios. Dentre eles, pode-se destacar os Tupinambás, Guaranis, Bororos e Coerunas. Nesta última tribo, os curandeiros mais velhos, ao transarem com os curandeiros mais novos, acreditavam passar para estes seus ensinamentos.

Entre os Tupinambás, os mais femininos recebiam a denominação de “tivira” ou “tibira”, não sofrendo discriminação em virtude de sua orientação sexual, sendo somente discriminados quando não cumpriam com sua obrigação masculina de caça e guerra.

A relação homossexual com escravos era também difundida, principalmente porque em algumas tribos africanas tais atos eram tidos como sendo normais.

Os inquisidores da igreja católica, ao constatar que estavam perdendo muitos fiéis e perdendo sua hegemonia, decidiram catequizar os povos mais distantes, enviando para a América alguns missionários, tendo a primeira expedição da Inquisição desembarcado na Bahia em 1584. Entre as várias pessoas que

confessaram a sodomia, ironicamente, a primeira vítima (acusado de sodomia) foi o padre Frutuoso Álvares, de 65 anos, seguido de Felipa dos Santos, que foi severamente castigada. Felipa foi açoitada em público e expulsa da Bahia por prática de sodomia com outras mulheres.

Conforme a antropologia brasileira, em determinado momento da nossa história, durante o período da Inquisição, aconteceu denúncia de homossexuais.

Homoafetividade é a relação de afeto que se estabelece entre pessoas do mesmo sexo, que almejam reconhecer seus direitos pela formação de sua parceria através da lei. Indica a presença de um vínculo afetivo de pessoas que, apesar de serem do mesmo sexo, desejam unir suas vidas para criar uma família, não fugindo aos deveres instituídos à mesma, e também recebendo seus direitos.

A expressão “relação homoafetiva” surgiu por meio da abalizada jurista brasileira Maria Berenice Dias, que é reconhecida internacionalmente por sua defesa da família, da mulher e da sociedade. A autora em debate transformou o que se entende por família ao incorporar a relação entre pessoas do mesmo sexo, baseadas também pela homoafetividade. Afirmado por ela, tem-se que nenhuma espécie de vínculo afetivo deixa de conferir o status de família, e que merecem a proteção do Estado, por conta da norma pétrea assegurada pela Constituição Federal que é o respeito à dignidade da pessoa humana.

As primeiras alterações da expressão “homossexualismo” decorreram da análise etimológica da palavra, já que o sufixo “ismo” está ligado à doença. Desse modo, passou-se a tratar como “homossexualidade”, termo que viria a denotar um determinado jeito de ser do indivíduo, a sua condição própria enquanto ser humano. Ainda que tenha havido esta modificação, a reprimenda social não cessou. O amor entre pessoas do mesmo sexo continuou a ser visto pela ótica do inconformismo e do preconceito.

Maria Berenice Dias criou, então, em sua obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, a expressão “homoafetividade”, que ganhou espaço noutros idiomas, sendo incorporado às discussões sobre o assunto em todo o mundo. Em março de 2001, o termo foi aplicado na primeira decisão judicial que reconheceu os direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente.

3 DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA

3.1 DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, inicialmente, foi tratado pelo Direito Natural e inserido posteriormente nas normas do Direito Positivo, como meio de regulação social, e as maiores ajudas para que se formassem os ideais igualitários vieram dos filósofos antigos e do cristianismo.

Por meio do cristianismo, proclamou-se a igualdade e a fraternidade, sendo assim atribuídos os mesmos direitos a todos os homens.

De outro modo, Aristóteles preconizava que nem todos eram cidadãos, alegando que muitos não deveriam possuir nem exercer direitos. Acreditava que uns nasciam para mandar e outros para obedecer, e esta concepção era também compartilhada por Platão.

Rousseau também contribuiu para o conhecimento sobre esse importante princípio em seu “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, de 1754, que tratou da existência de uma desigualdade natural ou física e de outra moral ou política.

As teorias que envolviam a igualdade continuaram a ser desenvolvidas. Pufendorf acreditava que o direito natural assenta na liberdade, igualdade e sociabilidade dos homens; para Locke, por sua vez, o indivíduo possui direitos naturais inalienáveis e que não podem ser abdicados. A teoria de Locke, na época em que foi criada, foi tida como a que melhor garantia os direitos do homem, e ele ficou conhecido como pai espiritual da Declaração de Direitos de Virgínia, a primeira delas e precursora das demais, em 12 de junho de 1776.

Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França preconizou em seu artigo 1º que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos (...)”. Esta Declaração foi, provavelmente, a de maior repercussão, e ainda hoje exerce expressiva importância, principalmente pela inserção do princípio da igualdade e influência aos documentos de mesmo âmbito originados posteriormente.

Em nosso país, por meio da Constituição do Império de 1824, notavam-se influências desse princípio tão caro ao Direito e à vida em geral atualmente. A Constituição Federal de 1988, que vigora até hoje, dispõe que todos os cidadãos devem ser tratados igualitariamente pela lei e, por esse motivo, tem ínsito em seu ordenamento o Princípio da Igualdade.

O princípio em epígrafe tem em si incorporada a concepção da igualdade material, uma vez que esta visa ao acolhimento da adoção de medidas de discriminação positiva dirigidas a tornar a igualdade fática e real, de modo que sejam plenamente alcançados os objetivos elencados no art.3º da Constituição Federal

As ações afirmativas são mecanismos de políticas públicas que buscam transcender as ações do Estado na efetivação do bem-estar e da cidadania para garantir igualdade de oportunidades e tratamento entre as pessoas. No Brasil, esta convicção encontra seu fundamento no princípio geral de igualdade que, como se sabe, não diz respeito apenas à exigência de igual aplicação da lei pelos órgãos do Estado, mas compreende, também, o princípio da igualdade de fato.

Os incisos III e IV do art. 3º da Constituição, todo o capítulo dos direitos sociais e muitas outras normas constitucionais são expressão direta desse princípio, genericamente referido como direito à igualdade material. No Estado Social é mais nítida a necessidade de criação de ações afirmativas para que o conceito de cidadania não seja mera retórica e cada brasileiro possa exercer sua cidadania de forma plena.

Desde os primórdios, o ser humano se angustia com o fardo das desigualdades pertencentes à sua essência e à pirâmide social em que está inserido. Dessa forma, apareceram algumas conceituações para a igualdade. Destas, notam-se dois que são considerados mais vastos sobre o tema: a igualdade substancial e a igualdade formal.

A igualdade substancial, segundo o professor Celso Ribeiro Bastos, fundamenta-se no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.” (BASTOS, 2001, p. 5). Essa igualdade não se concretiza, uma vez que a soberba dos homens inviabiliza que todos sejam iguais.

A igualdade formal, por sua vez, consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.” (BASTOS, 2001, 1995, p. 7).

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro enfatiza mais o que dispõe a igualdade formal, ou seja, garante igualdades e algumas desigualdades, desde que positivas visando o bem comum.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu livro “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, discorre sobre o princípio em epígrafe, dando notória atenção às discriminações que devem ser aceitas em nosso ordenamento jurídico, desde que guardem relação com este. Tais discriminações se sustentam em atos legitimados pelo legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente.

Nas palavras de Aristóteles: “A igualdade consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Ademais, podemos também citar as palavras de Hans Kelsen, na sua obra mais famosa Teoria Pura do Direito:

[...] a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Alçado o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito, é a igualdade o princípio mais repetidamente invocado na Carta Magna de 1988. De modo expresso, é outorgada específica proteção a todos, proibindo discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Também ao citar os direitos e garantias fundamentais, é a igualdade a primeira referência da Constituição Federal. O art. 5º inicia dizendo: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*. Esse verdadeiro dogma é repetido já no seu primeiro inciso, ao proibir qualquer desigualdade em razão do sexo.

3.2 DA DIGNIDADE HUMANA

O tratamento dado ao preso é voltado à dignidade da pessoa humana e à ressocialização ao convívio em sociedade depois do cumprimento da pena a ele designada, conforme se verifica no art.1º, da LEP: “A execução penal tem por

objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sua importância há tempos, a saber, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, em cujo preâmbulo invoca tal princípio como sendo inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

As palavras ilustres do jurista José Afonso da Silva definem a dignidade da pessoa humana como sendo “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. É uma espécie de referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, trata-se de uma obrigação a uma

[...] densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade " individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

O postulado da dignidade da pessoa humana é hodiernamente um valor inerente e inafastável do Estado Democrático de Direito e funciona de modo a embasar para o ordenamento jurídico dos países que adotam a Democracia como forma de governo.

A dignidade não pode ser objeto de contrato, nem ser cedida ou alienada. Ela não pertence à pessoa individualmente considerada. Exsurge deste ponto a importância da expressão pessoa humana, tendo a palavra humana também significado de humanidade.

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, todo o ordenamento jurídico brasileiro é orientado e tem de estar de acordo com o respeito ao valor dignidade da pessoa humana, sob pena de grave vício de inconstitucionalidade.

4 DO DIREITO À SEXUALIDADE

A sexualidade é contemplada na própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver garantido o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual.

Quando são desdobrados os direitos em gerações, nota-se que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, uma vez que compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário e independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade.

Sendo assim, o direito à sexualidade é tido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não avaliados individualmente, entretanto genericamente, solidariamente, com a finalidade de realizar toda a humanidade, de maneira plena, abrangendo todos os aspectos intrínsecos à preservação da dignidade humana.

Impõe-se visualizar o direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, que deve ser assegurado a cada indivíduo por todos os indivíduos. Portanto, é um direito de solidariedade, cuja exclusão não permite que a condição humana se realize, se integralize.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. O preconceito é proibido, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

Não existe conduta reprovável ou extraordinária no fato de um casal homossexual lutar pelos mesmos direitos de um heterossexual, principalmente atualmente, uma vez que viver da forma como se quer, com quem se quer, não é crime nem configura ato que enseje punição, do ponto de vista jurídico. Sendo

assim, não cabe ao Judiciário a adoção de tese preconceituosa, tampouco de moralidade descabida, quando não contemplativa de fatos cotidianos da vida.

Prevista no inciso X, do artigo 41, da Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1948, Lei de Execução Penal, e reconhecida como uma medida benéfica, vez que faz com que o preso sinta-se um cidadão não excluído da sociedade, a visita íntima é um direito constitucional que visa manter e fortalecer as relações familiares com a pessoa privada de liberdade.

Dessa forma, entendeu-se que os três poderes instituídos devem, de forma inequívoca, conferir plena força à Constituição e aos parâmetros protetivos internacionais com vistas a eliminar quaisquer resquícios de legislações discriminatórias, adotando-se normas necessárias à superação das desigualdades entre cidadãos, instrumento essencial ao exercício da cidadania civil e política em sua plenitude.

O princípio da dignidade humana, direito fundamental assegurado pela Carta da República de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, preceitua que todos os cidadãos são iguais em direitos e obrigações.

Há esperança no fim do túnel, luzes a serem conquistadas cotidianamente por todos aqueles que acreditam e defendem a igualdade, a orientação sexual de cada um e a identidade de gênero. Assim, as visitas conjugais devem ser asseguradas e permitidas, concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro.

ABSTRACT

In this article, explains about the criminal and procedural institution of conjugal visits applied to homosexual. Through it, it is argued that this right is constitutionally guaranteed, and the principle of equality, should not remain away from these people, since every human being should exercise their sexuality fully, even for own satisfaction. Ensured to homosexual inmates the right to conjugal visits in prisons across the country through the resolution of the National Council for Criminal and Penitentiary Policy (NSCLC), the Ministry of Justice, which was published in July 2011 in the Official Gazette of the Union. According to the resolution, the right to conjugal visits shall be provided to married people trapped in marriage or in homo-affective relationship. The measure repealed Resolution No. 01/99 of 30 March 1999, published in the Official Gazette of Union of April 5, 1999, which omitted, the recommendation on conjugal visits made to state correctional departments, the gay

relationship. The conjugal visits should be ensured by the direction of the prison at least once a month.

KEYWORDS: INTIMATE VISIT; COUPLES HOMOSEXUAL; EQUALITY; HUMAN DIGNITY.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Editora Martin Claret – Bb, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, Maria Berenice (Coord.) **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **A igualdade desigual**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 2, p. 51-68, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FOUCAULT, Michel . **The history of sexuality**. Pantheon Books, 1986.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NICZ, Alvacir Alfredo. **O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito**. 2012. <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9. Acesso em dezembro de 2013.

.PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Mythos, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.