

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Relatório

Agosto 2016

Visitas Íntimas



I. Apresentação do caso

A senhora Katia Regina Machado Hall Lo Re apresentou, ao Observatório dos Direitos Humanos, uma denúncia, relatando factos perpetrados por elementos do Corpo da Guarda Prisional no Estabelecimento Prisional de Monsanto em 08/06/2016, que na sua perspetiva, serão suscetíveis de violar o iminente direito do seu cônjuge, ali recluso, Giovanni Lo Re, recluso cujo nº mecanográfico é 2010/03006, a gozar de visitas íntimas. Para tanto, denunciou os seguintes factos:

1. O Senhor Giovanni Lo Re encontra-se recluso no EP de Monsanto;
 - 1.1. Sendo ali identificado com o “número 112”.
2. No processo de revista prévio à visita íntima, ocorrida em 08/06/2016;
 - 2.1. Diz-se vítima de humilhação, por parte dos elementos do Corpo da Guarda Prisional;
 - 2.1.1. Nomeadamente, dois elementos masculinos dos quais desconhece o nome;
 - 2.1.2. E ainda um elemento feminino, que diz chamar-se Nazaré;
3. Afirma ter sido acusada de ter engolido “algo”, no momento da revista pessoal.
 - 3.1. Facto cuja veracidade repudia.
 - 3.2. Não obstante, afirma ter-se oferecido para ser levada a um hospital, para que pudessem ser realizados todos os meios complementares de diagnóstico e outros exames necessários, de modo a permitir esclarecer o sucedido.
 - 3.2.1. Manifestando, ainda, a sua intenção em se obrigar em tais despesas.
4. Denuncia, que foram apresentados como testemunhas da revista de visita íntima, à queixosa, dois elementos do Corpo da Guarda Prisional, de género masculino.
 - 4.1. O que afirma, defraudar a verdade.
5. Queixa-se, que a visita íntima ao recluso identificado no ponto 1 foi cancelada, no seguimento destes factos.
6. Que ninguém, no Estabelecimento Prisional de Monsanto, “*deu ouvidos*” às suas alegações e demais justificações, ou sequer respeitou o contraditório às acusações imputadas à queixosa e por conseguinte ao recluso.
7. Denuncia, que foi expulsa do Estabelecimento Prisional de Monsanto “*como se fosse lixo*”.

Recebida a denúncia no Observatório dos Direitos Humanos, após a distribuição do processo ao relator, foi, em 12/07/2016, o Estabelecimento Prisional de Monsanto convidado a pronunciar-se, querendo, sob os factos denunciados.



O que veio efetivamente a acontecer em 02/08/2016. Neste sentido, observando o contraditório aos factos denunciados, veio o Estabelecimento Prisional de Monsanto, através da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), responder que:

- a. Os fatos, tal como narrados pela queixosa, não correspondem à verdade;
- b. Mais não são do que uma manipulação da factualidade ocorrida;
- c. Consta, do auto de participação, que a queixosa, no dia 08/07/2016, pelas 14:00 se apresentou no Estabelecimento Prisional de Monsanto, para beneficiar da 1ª visita íntima com o seu cônjuge ali recluso;
- d. Com quem casou recentemente, por procuração no Brasil;
- e. Que a visita íntima foi autorizada pelo despacho do Diretor do EP de 31/05/2016;
- f. A queixosa deu entrada na portaria, onde fez o procedimento de identificação e, posteriormente, foi encaminhada para o gabinete de revista e controlo de visitantes; nomeadamente através da palpação do corpo, cabelos e interior da boca;
- g. Tendo disso, sido previamente informada, nos termos do artigo 115º do RGEF.
- h. Que foi acompanhada para revista, por um elemento do Corpo da Guarda Prisional, do género feminino, de acordo com o artigo 115º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais¹, aprovado pelo Decreto-Lei n.º51/2011 de 11 de abril, que procedeu à revista;
- i. Revista que ocorreu numa sala existente na portaria, que garante o máximo de privacidade e respeito pela sua dignidade e integridade, bem como pelo seu sentimento de pudor.
- j. No momento da revista, a guarda sentiu um pequeno embrulho por baixo do vestido, que, do que foi possível perceber, estaria envolvido em plástico;
- k. A visitante num gesto inesperado e repentino, engoliu algo, que trazia dissimulado no vestido que trajava;
- l. Ao ser questionada pela guarda, a visitante abandonou o gabinete, gritando “*Não me sujeito a isso não. Sou uma senhora e me tão tratando como uma puta vou embora. Meu marido depois trata de vocês. Não sabem com quem se meteram*”.
- m. A ora queixosa, foi advertida que em virtude de ter recuado sujeitar-se aos procedimentos de segurança e controlo não seria possível beneficiar da visita íntima.

¹ **Artigo 115º** Controlo de visitantes 1- O controlo dos visitantes previsto no n.º 4 do artigo 63.º do Código é efectuado no momento de entrada no estabelecimento, por elemento dos serviços de vigilância e segurança do mesmo sexo, podendo envolver: a) Sujeição ao pórtico detector de metais ou a detector de metais móvel; b) Palpação minuciosa de vestuário; c) Palpação de cabelos e observação do interior da boca; d) Revista ao calçado e acessórios de vestuário, que pode implicar o descalçar de sapatos e a retirada de cintos; e) Revista de mala pessoal ou objecto similar. 2 - Todos os objectos transportados pelos visitantes, incluindo mala pessoal ou similar e o calçado, podem ser submetidos a exame por aparelho de RX ou equipamento semelhante. 3 - Os objectos penalmente ilícitos que sejam encontrados durante a revista são retirados e entregues ao órgão de polícia criminal competente, juntamente com o auto da ocorrência. 4 - Não é permitida a entrada da mala pessoal ou objecto similar. 5 - As malas pessoais, bem como os outros objectos ou valores que o visitante não queira ou não possa transportar no decurso da visita, ficam guardadas em local próprio para o efeito, cuja chave fica na posse do visitante. 6 - A revista a visitantes não envolve desnudamento, ainda que parcial. 7 - Pode ser efectuada revista ao vestuário de crianças, incluindo de colo. 8 - Se o visitante recusar sujeitar-se aos procedimentos de segurança e controlo, não lhe é permitida a entrada no estabelecimento prisional nem o acesso à visita. 9 - Finda a visita, procede-se de imediato à revista dos reclusos, a qual pode implicar desnudamento integral. 10 - Não é permitida a saída dos visitantes do estabelecimento prisional antes de concluída a revista dos reclusos e de comprovado individualmente o seu regresso à zona prisional, devendo os visitantes ser disso previamente informados.



- n. Ao que, segundo o auto de ocorrência, a queixosa terá respondido “*Eu vou embora, mas vou processar todos vocês*”.
- o. Num estado de exaltação e nervosismo, enquanto se dirigia para a portaria, continuou a proferir palavras ameaçadoras, que foram ouvidas por dois guardas que se encontravam de serviço na portaria, que presenciaram a conduta da queixosa;
- p. Nomeadamente, o guarda Pedro Neto e o guarda Luís Ferreira.
- q. Após o que, a queixosa se dirigiu para à porta, sempre exaltada, e saiu do Estabelecimento Prisional, sem mais;
- r. Todos os factos constam no auto de notícia elaborado pela guarda que procedeu à revista;
- s. Que a guarda visada, se trata de uma profissional com 25 anos de serviço, com um percurso isento e sem qualquer reparo;
- t. Sendo até, pela sua postura, uma referência na portaria;
- u. Este, foi o primeiro episódio do género, desde que se realizam visitas íntimas no Estabelecimento Prisional de Monsanto;
- v. Posteriormente aos factos participados, foi suspensa a visita íntima pelo período de seis meses, nos termos do artigo 124.º n.º1 alínea c) do diploma² referido no ponto f);
- w. Há imagens gravadas, através do sistema de videovigilância, da entrada da queixosa e conseqüente saída em estado de exaltação;
- x. Junta o auto de participação.
- y. Não foi cancelada a visitação do recluso prevista no artigo 204º, n.º 1 do RGEF.

II. Do enquadramento jurídico na perspectiva dos direitos humanos

A execução das penas e medidas privativas da liberdade, no ordenamento jurídico português, deve observar imperativamente um inextrincável respeito pela dignidade da pessoa humana e homónimos princípios fundamentais do cumprimento penitenciário de penas e medidas de privação da liberdade, consagrados na Constituição da República Portuguesa, bem como nos instrumentos de direito internacional e nas leis da execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade extravagantes, visando em *ultima ratio* a reinserção do agente julgado culpado pela prática de facto ilícito típico, conduzindo-o à sociedade, preparando para

² **Artigo 124.º** *Suspensão, revogação e cessação 1 . O director do estabelecimento prisional pode suspender a realização de visitas íntimas por um período máximo de seis meses, sempre que se verifique: a) Violação das regras de realização das visitas; b) Aplicação de medida disciplinar de permanência obrigatória no alojamento ou de internamento em cela disciplinar; c) Conduta da pessoa visitante que constitua facto ilícito ou que ponha em causa a ordem, a segurança ou a disciplina do estabelecimento prisional ou a reinserção social do recluso.*



conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer novos crimes, almejando a proteção dos bens jurídicos penalmente relevantes na sociedade portuguesa e em defesa da própria sociedade.

Com a entrada no estabelecimento prisional (EP), o/a arguido/a condenado/a avoca o Estatuto de Recluso, nos termos do artigo 6º da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro³, que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade⁴ (CEPMPL), mantendo para tanto, a titularidade dos seus direitos fundamentais, que apenas encontram limitação, na medida e proporção daquilo que é a determinação do acórdão ou sentença condenatória e ainda por razões de ordem ou segurança do estabelecimento prisional.

Nos termos do artigo 7º n.º 1 alínea e)⁵ do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEPMPL), o/a recluso/a tem direito a manter contactos com o exterior, nomeadamente, tem direito a receber visitas.

a. O direito a visitas

Estas visitas visam manter e promover os laços familiares, afetivos e profissionais da pessoa em situação jurídica de reclusão. O/a recluso/a tem também direito a receber a visita de advogado, do notário, do conservador ou do solicitador, tendentes à resolução de assuntos jurídicos.

³ **Artigo 6º** Estatuto jurídico do recluso, **O recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação de medida privativa da liberdade e as impostas, nos termos e limites do presente Código, por razões de ordem e de segurança do estabelecimento prisional.**

⁴ Adiante, sempre que não identificamos o normativo legal, é ao Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, aprovado pela Lei 115/2009 de 12 de outubro, que nos reportamos.

⁵ **Artigo 7º** **Direitos do recluso 1 - A execução das penas e medidas privativas da liberdade garante ao recluso, nomeadamente, os direitos: a) À protecção da sua vida, saúde, integridade pessoal e liberdade de consciência, não podendo ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos; b) Ao exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito de sufrágio, salvo quando aquele for incompatível com o sentido da sentença condenatória ou da decisão de aplicação da medida privativa da liberdade; c) À liberdade de religião e de culto; d) A ser tratado pelo nome e a que a situação de reclusão seja reservada, nos termos da lei, perante terceiros; e) A manter contactos com o exterior, designadamente mediante visitas, comunicação à distância ou correspondência, sem prejuízo das limitações impostas por razões de ordem, segurança e disciplina ou resultantes do regime de execução da pena ou medida privativa da liberdade; f) À protecção da vida privada e familiar e à inviolabilidade do sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada, sem prejuízo das limitações decorrentes de razões de ordem e segurança do estabelecimento prisional e de prevenção da prática de crimes; g) A manter consigo filho até aos 3 anos de idade ou, excepcionalmente, até aos 5 anos, com autorização do outro titular da responsabilidade parental, desde que tal seja considerado do interesse do menor e existam as condições necessárias; h) A participar nas actividades laborais, de educação e ensino, de formação, religiosas, sócio-culturais, cívicas e desportivas e em programas orientados para o tratamento de problemáticas específicas; i) A ter acesso ao Serviço Nacional de Saúde em condições idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos; j) A ser pessoalmente informado, no momento da entrada no estabelecimento prisional, e esclarecido, sempre que necessário, sobre os seus direitos e deveres e normas em vigor; l) A ter acesso ao seu processo individual e a ser informado sobre a sua situação processual e sobre a evolução e avaliação da execução da pena ou medida privativa da liberdade; m) A ser ouvido, a apresentar pedidos, reclamações, queixas e recursos e a impugnar perante o tribunal de execução das penas a legalidade de decisões dos serviços prisionais; n) À informação, consulta e aconselhamento jurídico por parte de advogado. 2 - No caso previsto na alínea g) do número anterior, são asseguradas ao menor assistência médica e actividades formativas e lúdicas adequadas à sua idade e às suas necessidades de desenvolvimento. 3- Aos serviços prisionais cabe, em articulação com os competentes serviços públicos das áreas da saúde, educação, formação e emprego e segurança e acção social, assegurar o efectivo exercício dos direitos referidos nos números anteriores, nos termos do presente Código e do Regulamento Geral.**



Nesta esteira, o/a recluso/a tem direito a receber visitas regulares do cônjuge ou de pessoa, de outro ou do mesmo género, com quem mantenha uma relação análoga à dos cônjuges, mas também de familiares e outras pessoas com quem mantenha relações pessoais significativas⁶. Mormente, se o/a recluso/a não beneficiar de licenças de saída temporária do EP poderá, ainda, beneficiar de visita íntima por parte do/a seu/sua cônjuge ou de pessoa, de outro ou do mesmo sexo, com quem mantenha ou venha a manter uma relação análoga à dos cônjuges ou uma relação afetiva estável há pelo menos seis meses.

As decisões de não autorização e ainda as de proibição da visita são da competência do diretor do EP, quando aplicadas por um período até 6 meses, e do diretor geral dos serviços prisionais, sempre que estas proibições, venham a observar períodos sucessivos de 6 meses, devendo ser feita, nestes casos, uma comunicação da decisão ao Tribunal de Execução de Penas (TEP) competente.

Porém, esta proibição não pode ser aplicada aos advogados, aos notários, aos conservadores ou solicitadores, nos termos do artigo 61º n.º1⁷.

As decisões de não autorização, de proibição e de prorrogação da proibição de visita devem ser fundamentadas na lei e comunicadas ao/à recluso/a. O/a recluso/a pode impugnar a legalidade das decisões de não autorização, de proibição e de prorrogação da proibição de visita perante o TEP, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º5 do artigo 65º do CEPMPL.

A este propósito, lembramos que o ordenamento jurídico português define direitos e deveres, incidentes na esfera jurídica da população reclusa⁸, que têm na sua génese os princípios orientadores fixados de forma estabilizada no paradigma jusinternacional⁹ em

⁶ Nos termos do artigo 58º e 59º do CEPMPL.

⁷ **Artigo 61º** *Visitas de advogados, notários, conservadores e solicitadores* **1 - O recluso tem direito a receber a visita de advogado, notário, conservador ou solicitador, em horário próprio fixado em articulação com as respectivas entidades representativas da profissão e adequado à resolução de assuntos jurídicos a ele respeitantes, sem prejuízo da autorização de visitas urgentes. (...)**

⁸ São disso exemplo os números 4 e 5 do artigo 30º da Constituição da República Portuguesa, o Código Penal, o Código da Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade, o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de Abril, bem como a Carta dos Direitos e dos Deveres dos Detidos e dos Reclusos, redigida pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados e demais legislação penitenciária avulsa.

⁹ Nomeadamente, as “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”, adoptadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977, o “Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos”, adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, com entrada em vigor na ordem internacional em 23 de Março de 1976, o “Conjunto de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão”, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 43/173, de 9 de Dezembro de 1988, os “Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos”, adoptados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/111, de 14 de Dezembro de 1990, as “Regras Penitenciárias Europeias, Recomendação (2006) 2 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias”, Conselho da Europa.



matérias de restrições perpetradas pelo Estado, à liberdade da pessoa humana, para cumprimento de pena ou medida de privativa de liberdade.

Na operacionalização destes princípios concretizadores do sistema punitivo, encontramos o direito da pessoa em reclusão, a receber e a manter visitas íntimas. Isto é, visitas de natureza afetiva e também sexual com o/a cônjuge ou qualquer outra pessoa com quem o/a recluso/a mantenha uma relação análoga à dos cônjuges, nos termos do artigo 120º do Decreto-Lei nº 51/2011 de 11 de abril¹⁰, que institui o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEPE).

Este direito, a receber e manter visitas íntimas, revela-se como uma expedita manifestação do princípio da manutenção da generalidade de direitos, liberdades e garantias dos/das reclusos/as.

Este dispositivo pretende potenciar a intimidade e a realização sexual do/a recluso/a, contribuindo para a manutenção dos vínculos afetivos por este/a estabelecidos, fomentando a sua reabilitação social, o seu desenvolvimento pessoal e humano, bem como o equilíbrio físico e psíquico do/a recluso/a, durante o período de permanência no EP.

Neste sentido, poderá beneficiar deste direito o/a recluso/a que não tenha beneficiado de uma licença de saída jurisdicional há mais de seis meses e, cumulativamente, que seja casado ou mantenha relação análoga à dos cônjuges ou relação afetiva estável com pessoa que tenha sido indicada como visitante e visite regularmente o/a recluso/a, mantendo com ele/a correspondência regular.

Outrossim, pode ser autorizado a receber visitas íntimas, o/a recluso/a que no decurso da situação de reclusão, celebre casamento ou não sendo casado/a, inicie relação afetiva com a pessoa visitante, desde que, haja recebido, desta pessoa, visitas regulares ou correspondência regular ao longo de um ano.

O/a recluso/a pode beneficiar, no mínimo, de uma visita íntima por mês, com uma duração máxima de três horas, em horário a definir pelo diretor do EP. Porém, observadas determinadas circunstâncias, este direito a visitas íntimas pode sofrer, contudo, limitações.

¹⁰ **Artigo 120º** *Requisitos 1 - Pode ser autorizado a receber visitas íntimas o recluso que não tenha beneficiado de licença de saída jurisdicional há mais de seis meses e que, à data do início da reclusão: a) Seja casado; ou b) Mantenha relação análoga à dos cônjuges ou relação afetiva estável com pessoa que tenha sido indicada nos termos da alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º e visite regularmente o recluso ou mantenha com ele correspondência regular. 2 - Pode igualmente ser autorizado a receber visitas íntimas o recluso referido no número anterior que, no decurso da reclusão, celebre casamento ou, não sendo casado, inicie relação afetiva com a pessoa visitante, desde que tenha recebido desta visitas regulares ou correspondência regular ao longo de um ano. 3 - O recluso e a pessoa visitante devem ter idade superior a 18 anos, excepto se forem casados entre si.*



Com efeito, o diretor do EP pode suspender a sua realização por um período máximo de seis meses, na esteira de violação das regras de realização das visitas, em caso de aplicação de medida disciplinar de permanência obrigatória no alojamento ou de internamento em cela disciplinar ou, ainda, quando a conduta da pessoa visitante constitua facto ilícito ou coloque em causa a ordem, a segurança ou a disciplina do estabelecimento prisional ou a reinserção social do/a recluso/a. A autorização para a realização de visitas íntimas pode ser revogada pelo diretor do EP, ouvido o conselho técnico do estabelecimento prisional, quando ocorra com especial gravidade, ou de forma reiterada qualquer das circunstâncias acima referidas.

Por outro lado, a autorização para realização de visitas íntimas pode cessar a pedido do/a próprio/a recluso/a ou da pessoa visitante, bem como, quando haja sido concedida licença de saída ao/à recluso/a, exceto se a pessoa visitante se encontrar reclusa e não beneficiar de licenças de saída há mais de seis meses.

Estas visitas, por si só, não constituem um prémio ao/à recluso/a, mas antes um direito e transportam consigo benefícios inestimáveis para a reintegração do recluso na sociedade que o espera extramuros, dado que, permite só de per si, dar continuidade e sustentação aos vínculos afetivos, familiares e sociais¹¹ da pessoa, momentaneamente, reclusa da sociedade.

b. O direito fundamental à sexualidade

A situação jurídica de reclusão envolve, naturalmente, a separação do/a recluso/a, da sua família, dos seus amigos e da rede mais ampla de relações sociais, que os/as reclusos/as tinham antes de iniciar o cumprimento de pena privativa da liberdade. Esta separação é um instrumento central, que operacionaliza o encarceramento num castigo, e constitui, outrossim, uma área central nas preocupações entre os/as detidos/as.

O direito à sexualidade das pessoas em reclusão, com certo grau de certeza, não se nos afigura possível de ser exercido, nos exatos termos em que uma pessoa em situação de liberdade exerce o seu próprio direito à sexualidade. O ponto basilar, em nosso

¹¹ A execução da pena de prisão visa a reinserção do presidiário “na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade”, vide artigo 2º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.



entendimento, estabelece-se quanto ao exercício de tal direito e não tanto à garantia da existência e permanência na esfera jurídica do/a condenado/a.

A liberdade sexual não pode, como está bom de ver, ser exercida com igual grau de naturalidade, pois o direito de coabitação entre os cônjuges ou análogos também não o é, nem se nos afigura capaz de ser plenamente exercido, em condição de reclusão. Salvo, no âmbito de relacionamentos entre pessoas homossexuais os/as dois/duas reclusos/as no mesmo EP.

Diremos antes que, em situação de reclusão, e decorrente do estatuto do recluso, já aqui exposto, nasce, na esfera jurídica das pessoas reclusas, um novo direito, que, para tanto, consideramos um direito especial por exceção. O direito a beneficiar de visitas íntimas estabelecido, também, com o propósito de consentir um exercício do direito da sexualidade do/a recluso/a.

Aqui chegados, rapidamente verificamos que tal direito às visitas íntimas não se estende à maioria dos presos. Por exemplo, não sendo ainda instituído em vários estabelecimentos prisionais. Numa primeira fase, restringia-se a atribuição deste direito aos/as presos/as heterossexuais, ignorando este direito às pessoas homossexuais. Ainda aqui, assinalamos que as visitas íntimas, só tardiamente, chegaram aos estabelecimentos prisionais femininos.

Este direito a visitas íntimas é, ainda hoje, um direito restrito, tendo por base critérios de atribuição profundamente discriminatórios, dado que, direito a beneficiar de visita íntima é, ainda, condicionado à observância de vários critérios desmesuradamente objetivos, ignorando a subjetividade inerente à condição individual da pessoa humana em reclusão.

Se por um lado, os/as reclusos/as obtêm acesso às visitas íntimas, mediante inscrição, devem, por outro lado, estar obrigatoriamente condenados a penas superiores a três anos. Até há bem pouco tempo, o requerimento de um/a recluso/a, no sentido de beneficiar de visita íntima, dependia também da decisão de um conselho técnico, constituído pelo diretor do EP, por técnicos de educação e do Instituto de Reabilitação, pelo médico e pelo chefe dos guardas.

É nosso entendimento, que o direito especial, a beneficiar de visita íntima, existe para suavizar as consequências emocionais e afetivas da restrição de liberdade, mas não pode ser considerado um direito que se substitua, preenchendo totalmente, o direito à sexualidade.



Em bom rigor, também para as pessoas em situação de reclusão, o direito à sexualidade existe, porém, não revestido da sua armadura jurídica completa. Escassearão, momentaneamente e enquanto o cumprimento da pena durar, dois outros princípios ou direitos fundamentais: por um lado, a liberdade sexual, e, por conseguinte, o direito à privacidade sexual, que protegem a intimidade sexual da pessoa humana.

Como se disse, o direito à sexualidade é um direito geral, não obstante a sua limitação perante certas situações da vida. A privação, imposta por lei ao/à recluso/a, não lhe retira, deste modo, o direito à sua sexualidade, que vive e existe sempre, enquanto um direito, de personalidade, seu. É o seu exercício que se encontra limitado.

III. Conclusões

Em face do exposto pela queixosa, (nossos pontos 2, 3, e 4), quando compulsado com o contraditório da DGRSP, diremos, preliminarmente, que, no que concerne ao procedimento de revista, não foi descuidada a observância das normas legais, à luz do atual regime jurídico consagrado no Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

Poderíamos porém, tentar discorrer, sobre a intensidade dos procedimentos de revista, particularmente em situação de visita íntima ao/à recluso/a. Não percamos de vista que, à luz dos dispositivos internacionais já anteriormente identificados, a que Portugal também se encontra vinculado, a situação jurídica de reclusão importa um ónus acrescido, contudo, normativamente mensurado, de limitação ao exercício de determinados direitos, liberdades e garantias, tipicamente protegidos pela lei, mas que a situação jurídica de reclusão mitiga, com assento legal na esfera jurídica daquelas pessoas que não se encontrando reclusas, têm contacto estreito, pessoal e até íntimo com o/a recluso/a. Repare-se, que não se propõe uma expurgação, ainda que temporária, do direito à sexualidade do/recluso/a, mas antes um enquadramento regulamentar da forma que deve revestir o seu exercício intramuros.

As revistas, como parte importante deste procedimento regulamentar, visam antecipar e reprimir comportamentos nefastos à ressocialização do/a recluso/a. A sua previsão legal vai carrear para a intervenção do Corpo da Guarda Prisional, um especial dever objetivo



de cuidado e adequação dos procedimentos à sensibilidade da pessoa sobre quem recai o ónus de se deixar revistar¹².

Neste sentido e voltando ao caso em concreto, uma vez revistada, a queixosa, por um elemento do Corpo da Guarda Prisional, do género feminino, e sustendo-se no momento da revista pessoal, a questão de saber, se a queixosa ingeriu ou não ingeriu, “algo” que alegadamente trazia consigo, não se nos afigura, que tal procedimento de inspeção e questionamento da denunciante possa, em princípio, ser objeto de censura, nos termos legais na ordem jurídica portuguesa, mas, na mesma esteira, à luz do que hodiernamente se entende adequado à luz dos direitos fundamentais do homem.

Questão mais complexa é a que atende à proporcionalidade da medida disciplinar aplicada ao recluso, que se consubstanciou numa proibição de receber visitas íntimas por um período de 6 meses.

Aqui chegados, importará referir, que a DGRSP, na resposta que dirige a este Observatório, não enumera a fundamentação de facto que dá sustentação à aplicação da medida disciplinar, relegando para o dispositivo legal a aplicação *tout court* da norma objetiva, prevista no artigo 124º, nº 1 alínea c), remetendo-se na sua missiva, quanto à factualidade e proporcionalidade da medida, para o envio anexo do auto de participação. O que, naturalmente, nos limita a análise da fundamentação quanto à proporcionalidade da decisão tomada pelo diretor do EP.

Primeiramente, importa permanecer, que, num qualquer processo que proponha a aplicação de uma sanção, esta, à luz do Estado moderno e em observância pelos direitos fundamentais, só deverá versar sob um determinado comportamento ilícito e nunca sob certas qualidades do agente incumpridor¹³. Toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade, a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agentes ou às características da personalidade.

Ora, atendendo a que se a aplicação da sanção versou, *ipsis verbis*, o texto da lei, não houve por parte do aplicador da sanção, qualquer ponderação, quanto à proporcionalidade da medida aplicada ao recluso, pelo comportamento alegadamente ilícito da ora denunciante. Este, é quanto a nós, o busílis da questão controvertida.

O caso em apreço sugere-nos que a determinação da sanção, que foi aplicada ao recluso, decorrente de alegado comportamento culposos da ora queixosa, deve por nós ser

¹² Veja-se a este respeito, o dispositivo dos artigos 107º e seguintes do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

¹³ Neste sentido, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, em “Direito penal - parte geral: Questões fundamentais, a doutrina do crime”, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 235, Coimbra 2012.

muito censurada; desde logo, porque não se demonstra provada a participação, pelo menos a título de coautoria, dos factos ilícitos descritos.

A função que ao conceito de culpa, cabe no nosso sistema jurídico, sistema que, como já o dissemos, pune factos e não pessoas, é por si só, uma função limitadora do intervencionismo estatal na dimensão jurídica do cidadão, no caso recluso da sua liberdade, visando defender a pessoa do agente, dos excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado.

Neste sentido, o facto punível não se esgota na aludida desconformidade com o ordenamento jurídico-penal. É necessário, que sempre que a conduta seja culposa, isto é, que o facto possa ser pessoalmente censurado a um qualquer agente, por aquele se revelar a expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário¹⁴.

Ainda que, seja este o espírito da lei vigente, mormente o texto atinente ao citado artigo 124º do RGEP, que redundará na aplicação ao/à recluso/a de uma sanção sem que este/a tenha intervenção direta na factualidade danosa, e afastando-nos das prerrogativas atinentes ao instituto da coautoria, certo é, que nas situações que se descrevem no artigo supra, o sistema normativo imputa as consequências jurídicas da prática do ato ilícito, a outro cidadão que não o agente que atuou com ilicitude. Não obstante, este também vir a sofrer a intervenção da seara penal.

Esta situação, ou por outra, a interpretação *stricto sensu*, da norma prevista no artigo 124º do RGEP, mensurada pelo aplicador da sanção ao recluso, em nossa opinião, deverá ser objeto de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, atendendo à mitigação que ali se faz, ao inextrincável princípio da culpa, que deve sobreviver a todas as necessidades de segurança e ordem em qualquer estabelecimento prisional.

Quanto ao demais, em matéria de visitação íntima, dúvidas, não deverão perecer, sobre a existência deste direito à sexualidade, enquanto direito de personalidade pertencente a qualquer Ser Humano. As decisões jurisprudenciais bem o demonstram, ao reconhecer e proteger o direito à sexualidade nas situações concretas da vida.

Neste sentido, entendemos profícua a observância de regimes flexibilizadores do cumprimento de pena, também para mitigar o estado de ansiedade do/a recluso/a, e fomentar a criação de laços enraizados com o exterior, que, mais tarde do que cedo, o/a vai acolher num processo de pós reclusão.

¹⁴ Neste sentido, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, op. Cit. pp. 274.

O contacto com a sociedade extramuros, nomeadamente através do regime de visitas íntimas, nos termos expostos, demonstra-se um dos instrumentos mais adequados a almejar o fim último da pena, mormente, a reinserção social do agente de crime.

Acompanhamos, por isso, a defesa da amplitude dos veículos de flexibilização das penas, nomeadamente, perante os vários condicionalismos na atribuição de visitas íntimas ao/às reclusos/as, nomeadamente aqueles atinentes à desigualdade de critérios objetivos, na distribuição do direito à visitação íntima/afetiva/emocional/sexual, em contexto penitenciário.

Tal regime, amigo que é da ressocialização do agente de crime, vê-se negado ainda a uma larga franja da população prisional, através de uma limitação desmesurada à expressão dos direitos fundamentais da população reclusa, nomeadamente ao casamento e à família, bem como ao desenvolvimento da personalidade previstos nos artigos 26º e 36º da Constituição da República Portuguesa.

Evidencia-se por isso, nesta sede, que o exercício do direito fundamental à sexualidade da pessoa humana poderá estar a ser desmesuradamente restringido, pelo Estado Português, aos cidadãos e cidadãs em situação de reclusão, através da aplicação legal de critérios excessivamente objetivos, e sem observar um procedimento substantivo válido de mensuração da aplicação das sanções, que possa proteger o inextrincável instituto da proporcionalidade na intervenção do Estado, na seara inultrapassável dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Marco Ribeiro Henriques¹⁵
(Relator)

¹⁵ Investigador, em ciências políticas jurídico-criminais. Email: mrh.researcher@gmail.com

IV. Referencias bibliográficas

CARVALHO, Américo A. Taipa de “Direito Penal –Parte Geral” questões fundamentais”, Coimbra editora, 2013; ISBN: 972-8069-54-5

CFFJ, “Código de Execução de Penas – textos de apoio”, 2012, disponível em <https://e-learning.mj.pt/>, consultado em 02/08/2016;

DIAS, Jorge de Figueiredo, em “Direito penal - parte geral: Questões fundamentais, a doutrina do crime”, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, pp. 235, Coimbra 2012; ISBN:978-972-32-2108-4

ESCUDEIRO, Maria João Simões, em “Execução das penas e medidas privativas da liberdade – Análise evolutiva e comparativa”, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, Abr./Jun. Vol. II, 2011; ISBN 9787127081181

FERNANDES, Andreia, Relatório do Observatório dos Direitos Humanos intitulado “Visitas íntimas”, de dezembro de 2014, disponível em <http://www.observatoriodireitoshumanos.net/>, consultado em 09/08/2016;