

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

O INSTITUTO ANJOS DA LIBERDADE, instituição não governamental com representação nacional, devidamente inscrito no CNPJ nº 06.030.501/0001-05, com sede à Rua Graça Aranha nº 145, sala 407, em cumprimento aos seus atos constitutivos, em conjunto com o **PARTIDO DOS TRABALHADORES**, devidamente inscrito no CNPJ nº 00.676.262/0001-70, com endereço da sede nacional no Setor Comercial Sul Quadra 2, Bloco C Nº 256, Edifício Toufic Brasília – DF – CEP: 70302-000, em conformidade com o parágrafo terceiro do artigo 319 do CPC/2015, requer, para não vulnerar a rede de informática do partido com ataques cibernéticos de ódio, não divulgar na inicial, pública, o correio eletrônico da instituição, no mais, em cumprimento aos seus atos constitutivos, vem, por intermédio dos Advogados que subscrevem esta peça, com fundamento no artigo 102, parágrafo primeiro, e 103, inciso IX, e artigos primeiro e segundo da Lei 9.882 de 1999, considerando-se, também, visto a complexidade inexorável da presente ação, fulcro no artigo 103 da Constituição Federal e artigos 2º e 3º da Lei 9.868 de 1999, após procedimentos decisórios internos autorizadores da proposição da presente ação e pretensão jurídica, vem, muito respeitosamente, propor

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

c/c pedidos liminares

nos termos que se seguem.

Já não fosse em si perverso o movimento de grande encarceramento brasileiro, identificado pelo Monitor da Violência,¹ institucionalizando as violações sistemáticas aos direitos dos condenados, a situação se agrava com as ações administrativas do Ministério da Justiça orientadas a suprimir também os direitos fundamentais de filhos, companheiros e cônjuges das pessoas em cumprimento de pena.

Há perfeita consciência do Ministério da Justiça e Segurança Pública a respeito da ilegalidade e inconstitucionalidade das medidas adotadas por meio da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, o que se revela na orientação deferida por meio da qual são minimizados estes efeitos relativamente a condenados «colaboradores» (interessante que ao que consta ainda não existem condenados nesta condição cumprindo pena em unidades federais).

A decisão do STF reconhecendo o «estado de coisas inconstitucional» do nosso sistema penitenciário aponta para o fato de que o agravamento das condições de execução das penas, atingindo familiares dos presos, é uma forma inequívoca de tortura e de transcendência da pena, dando ensejo à política desumana que é reprovada na comunidade dos países de tradição democrática.

¹ G1. *Monitor da Violência*. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/>. Consultado em 27 de abril de 2019.

I – DA FUNGIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Embora cristalina a dicção do art. 1º da Lei 9.882/99, convém suscitar não haver óbice a que, na hipótese de ser considerado caso mais adequado para subsunção ao inc. I do art. 3º da Lei 9.868/99, a ação proposta venha a ser processada e julgada por tal rito, conforme precedente definido na ADPF 72 QO/PA, Relatora Ministra Ellen Gracie.²

II - DA LEGITIMIDADE ATIVA

2. O Instituto Anjos da Liberdade, doravante denominado IAL, de acordo com seus estatutos é uma instituição formada por advogados defensores de direitos humanos voltados à defesa dos direitos e garantias fundamentais de apenados no sistema prisional. O IAL agrega também, na condição de pesquisadores, profissionais de diversas formações, afetados em sua atividade à função precípua do Instituto, tal seja, a defesa de direitos e garantias fundamentais definidos na Constituição da República, e ainda os decorrentes de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos, **mantida a uniformidade de propósitos de todos no sentido de prestar assistência ampla aos apenados no sistema prisional, em defesa de seus direitos e garantias fundamentais, quer assegurados pelo direito interno, quer pelo *jus cogens* de direitos humanos internacionalmente protegidos.**

3. O IAL tem representantes em mais de nove estados da Federação, formado o vínculo de coesão como defensores de direitos humanos, tratando-se, portanto, de instituição de defensores de direitos humanos, sendo certo que por força de seus estatutos o IAL está legitimado a propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, bem como de controle de convencionalidade.

4. O Partido dos Trabalhadores é notoriamente legitimado a propor ação direta de controle concentrado de constitucionalidade, eis que tem representação na Câmara dos Deputados por meio de parlamentares eleitos por todos os estados da Federação, como ocupa diversas cadeiras no Senado Federal, sendo inconteste pois a sua legitimidade, não passível de impugnação jurídica.

² Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 72/PA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Arguente: Governador do Estado do Maranhão. Arguido: Secretária Executiva de Estado da Fazenda. Julgamento em 01 de junho de 2005. Publicado em 02 de dezembro de 2005.

III - DA LEGITIMIDADE PASSIVA

5. O Excelentíssimo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública editou a Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, regulamentando a visita de familiares de presos em presídios de segurança máxima.

6. A mencionada Portaria, publicada em edição extra do Diário Oficial de 13 de fevereiro de 2019, viola preceitos constitucionais e convencionais de crianças, adolescentes, companheiros e cônjuges de pessoas em cumprimento de pena, notadamente o direito à proteção integral de crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar.

7. Pelo risco concreto de haver decisão que por arrastamento determine como violadoras de preceitos fundamentais normatizações sobre o sistema penitenciário federal, a União é indicada como parte legítima a ocupar o polo passivo.

IV - DISPOSITIVOS LEGAIS QUESTIONADOS:

8. O principal dispositivo normativo impugnado é a Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, em sua íntegra.

9. Prevenindo alegação pela União de decisão *extra petita* ou *ultra petita*, à vista dos argumentos expostos, e estritamente no perímetro normativo delimitado pela referida Portaria, também deve ser declarada violadora de preceitos fundamentais, por arrastamento ou reverberação normativa, interpretação da Lei 11.671/2008,³ que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências, e das regras de organização do sistema previdenciário nacional nos escrupulosos limites relacionadas à matéria impugnada.

10. Releva notar, ainda no preâmbulo dessa inicial, que o artigo 3º da Lei 9.882/99 não define forma rígida, apenas exige a especificação clara do preceito fundamental violado e a indicação do ato questionado. Não há vedação expressa a se impugnar quer dispositivos específicos, quer o ato normativo como um todo, como na hipótese a Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, do Ministério de Estado da Justiça e Segurança Pública.

³ BRASIL. Lei nº 11.671, de 08 de maio de 2008. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11671.htm. Consultado em 21 de abril de 2019.

11. Incide *in casu* o disposto no art. 1º, caput, da Lei 9.882/99, dada a relevância dos fundamentos da controvérsia constitucional e convencional suscitada sobre o referido ato normativo federal.

12. Há consenso de que atentaria contra a lógica jurídica, a economia processual e a racionalidade da prestação jurisdicional o ajuizamento de uma ADPF para cada preceito dispositivo, esvaziando de sistematicidade o pedido central, consistente na fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, da imperatividade de preceitos constitucionais e convencionais que à luz do direito fundamental e convencional à proteção integral de crianças e adolescentes e o direito fundamental e convencional à convivência familiar são incompatíveis com a privação de convívio, por meio da limitação extrema e da supressão impostas aos referidos direitos de crianças, adolescentes e familiares de apenados nos termos postos na referida Portaria, como será visto adiante.

13. Desnecessário sublinhar tratar-se de obrigação internacional do Estado Brasileiro implementar o Controle Concentrado de Convencionalidade e o Difuso de Convencionalidade das diferentes normas internas atinentes à controvérsia, lembrando que os artigos 1 e 2 da Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos e os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados de 1969, obrigam ao Poder Judiciário não obstar o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

14. Em consequência da decisão proferida no Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, em 2006, assentaram-se duas obrigações fundamentais aos Estados que aderiram à Convenção Interamericana de Direitos Humanos: a) a obrigação legislativa, em sede interna, de adoção de disposições legais concernentes a conformar a ordem jurídica aos parâmetros fixados pela Corte Interamericana; b) e a obrigação do Poder Judiciário nacional de compatibilizar suas decisões aos referidos parâmetros, o que converteu juízes e tribunais nacionais em “guardiães da convencionalidade”.⁴

15. O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não é novidade pelo menos desde a decisão que eliminou do ordenamento jurídico brasileiro a prisão do depositário infiel.⁵

16. Os preceitos normativos violados serão explicitados, um a um, com as respectivas provas das contínuas violações, assim como da relação que estabelecem entre si.

⁴ Ainda sobre o tema: ALBANESE, Susana (coord). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, e a tese de doutorado de Junya Barletta, apresentada na PUC/RJ, em 2014, sob minha orientação.

⁵ RE 466343. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Julgamento em 03/12/2008.

V - DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PARADIGMAS

17. Como paradigmas constitucionais aponta-se, para efeitos de controle, art. 227, art. 1º, III, 4º, II, art. 5º incisos, III, X, XLI, XLV, XLVII, alíneas “d” e “e”, XLIX, todos da Constituição Federal, **e, de forma concorrente**, violações dos artigos 9 e 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança, artigos 1.1, 5.1, 5.2, 5.3, 5.6, 11.1, 11.2, 11.3, 17.1, 19, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, Convenção Interamericana Para Punir e Prevenir a Tortura, artigos 7, 10, 23 e 24 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, artigos 1, 16.1 e 16.2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, artigos 1, 3, 5, 43 e 58 das Regras de Mandela, na perspectiva de que os Tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos podem levar o Brasil à condição de réu na Corte Interamericana com obrigações assumidas de modificar seu direito interno. De nenhum modo se afastam, como matriz interpretativa, outros tratados internacionais correlatos.

VI - CONSIDERAÇÕES SOBRE O CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL EM QUESTÃO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

18. José Afonso da Silva, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, aborda o tema na seguinte essencialidade:

“O § 1º do art. 102 contém uma disposição de grande relevância, assim enunciada: “A Arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei”. “Preceitos Fundamentais” não é expressão sinônima de “princípios fundamentais”. É mais ampla, abrange esses e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam a autonomia dos Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*. (Tít. II).

É aí que aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso.”⁶

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013. p. 564-565

19. Ao que interessa aos temas examinados convém registrar que o ingresso do Brasil na comunidade americana de Estados de Direito passa por sua incorporação ao sistema regional, com a citada adesão ao Pacto de São José da Costa Rica e a admissão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com atribuições consultiva e contenciosa.

VII – CABIMENTO DA ADPF

20. O cabimento da ADPF para o caso concreto, aqui apresentado, pode ser extraído da doutrina de Luís Roberto Barroso, “O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro”:

“No caso de arguição *autônoma*, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal.”⁷

VIII - IMPUGNAÇÕES

21. **A Portaria 157 de 12 de fevereiro de 2019 é impugnada na íntegra.**

22. Inicialmente cabe reproduzir os artigos 2º e 10 do ato, artigos que diretamente afrontam a Constituição da República e tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo na sequência o plano da abordagem dos fundamentos da arguição:

Art. 2º As visitas sociais nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima serão restritas ao parlatório e por videoconferência, sendo destinadas exclusivamente à manutenção dos laços familiares e sociais, e sob a necessária supervisão, em conformidade à Regra 58 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos e ao Decreto nº 6.049, de 2007.

§ 1º O disposto no *caput* não se aplica aos presos com perfil de réu colaborador ou delator premiado e outros cuja inclusão ou transferência

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 326

não estejam fundamentadas nos incisos, I a IV e VI do art. 3º do Decreto nº 6.877, de 2009, sendo permitida a visita social em pátio de visitação.

§ 2º A visita social em parlatório de que trata o caput será assegurada ao cônjuge, companheira, parentes e amigos, separados por vidro, garantindo-se a comunicação por meio de interfone.

(...)

Art. 10. As visitas íntimas continuam reguladas pela Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.⁸

23. Com efeito, os temas que fundamentam a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, deduzida pelo ângulo das pessoas afetadas pela Portaria que simultaneamente viola direitos e garantias fundamentais definidos na Constituição da República e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, serão distribuídos da seguinte maneira: a) a proteção integral de crianças e adolescentes; b) o direito fundamental e convencional à convivência familiar (visita íntima); c) a violação ao direito à igualdade de tratamento tendo em vista o disposto no §1º, do artigo 2º do ato impugnado.

24. Cabe, no entanto, a título de introdução, estabelecer algumas premissas.

25. Com efeito, a ideia de que a pena não passará da pessoa do condenado,⁹ cânone constitucional incontroverso, ancora-se na generosa noção dos direitos fundamentais como limites ao exercício do poder em um contexto jurídico-político antropologicamente amigável. Alcançar este objetivo passa por reconhecer o valor transcendental do princípio da igualdade de todos perante a lei.

26. Salienta Luigi Ferrajoli, a igualdade é o lastro dos direitos fundamentais, pois pressupõe que estes correspondem a todos, para satisfazer o valor de pessoa, e em igual medida, enquanto condição da identidade de cada um como pessoa e cidadão.¹⁰

27. Pelo ângulo da estrutura dos direitos e deveres, consoante podem ser deduzidos de uma ordem constitucional que irradia validade jurídica para o restante do ordenamento, uma “situação

⁸ Muito embora faça remissão ao artigo 1º da Portaria nº 718 (MJSP), o fato é que a regra em vigor é a do artigo 10 da Portaria nº 157 (MJSP), de 12 de fevereiro de 2019, que ao ratificar a anterior acolhe o seu preceito. Caso assim não entenda o STF, por arrastamento deverá ser impugnado o artigo 1º da Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017 do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

⁹ Art. 5º, CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 908.

jurídica”, pública ou privada, caracteriza-se por corresponder a poderes (ou deveres) “adquiridos conforme causas ou títulos específicos e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na esfera jurídica própria ou alheia”.¹¹

28. Assim, *situações jurídicas* fundam-se em títulos específicos, como o poder de exigir o cumprimento da sanção penal dentro de marcos jurídico-constitucionais que habilitem a execução penal a implementar o programa de repressão e reinserção do condenado, poder que é assinalado pela lei/constituição às autoridades responsáveis por fazer cumprir a sanção penal.

29. Exatamente porque se trata de imposição de sujeição a terceiros, no entanto tal poder há de encontrar limites, limites que são constituídos a partir dos direitos fundamentais.

30. Salientam os juristas alemães Pieroth e Schlink que os direitos fundamentais têm uma função jurídico-objetiva, porque *limitam* a margem de atuação e decisão do Estado, inviabilizado na eventual pretensão de uso arbitrário das suas competências, inclusive administrativas.¹²

31. É por conta disso que Ferrajoli destaca, nos direitos fundamentais, sua correspondência a “imunidades ou faculdades reconhecidas a todos, com independência de qualquer título, e exercidas unicamente mediante comportamentos meramente lícitos que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos”.¹³

32. Como modalidades deônticas de conteúdo oposto, os direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis e indisponíveis, limitam os poderes exercitáveis sob a forma de situação jurídica e o fazem para alcançar o ideal de *igualdade jurídica* que, ao pressupor as diferenças e desigualdades concretas, restringe a produção de efeitos dos atos potestativos sempre que desfigurem as condições constitutivas de igualdade perseguidas pelos direitos fundamentais.¹⁴

33. Ferrajoli chama atenção para o fato de que:

“Enquanto as relações e comunicações estabelecidas às primeiras [igualdade jurídica] ... são relações de liberdade entre sujeitos iguais, as relações instauradas conforme as segundas [situação jurídica] são relações de domínio e sujeição, vale dizer, de poder e de exclusão entre sujeitos juridicamente desiguais.”¹⁵

34. Para empregar as palavras do mestre peninsular, a radical diferença de estrutura entre direitos fundamentais e situações jurídicas há de exprimir “desigual exercício das iguais

¹¹ *Ibidem*.

¹² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Lisboa: Lusíada, 2008. p. 23-24.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, obra citada, p. 909.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*. Tradução livre. p. 910.

capacidades”, em favor dos direitos fundamentais e, consequentemente, em desfavor dos poderes públicos.

35. Este é o sentido do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos,¹⁶ que em seguida às garantias do processo equitativo, civil e penal, reconhecidas pois em caráter geral, prevê garantias específicas para o processo penal, incluída a etapa da execução penal, adicionando ao rol anterior direitos que são reconhecidos somente ao imputado e que limitam a liberdade dos Estados europeus conveniados, relativamente à lei interna.¹⁷

36. Impensável, pois, à luz da metódica peculiar aos direitos fundamentais, que o tratamento desigual seja considerado em desfavor da tutela da liberdade.

37. Adverte com razão, Enrique Bacigalupo, que se os direitos fundamentais deixam de ser a fronteira dos poderes, o poder fica sem controle. E “o poder descontrolado não é especialmente efetivo, mas *destrutivo*, com uma tendência a autodestruição”.¹⁸

38. Releva notar que, pelo prisma da normatividade da Constituição, e em razão do papel que os direitos fundamentais cumprem, de fundamentação externa do sistema político, no âmbito do Estado de Direito, liberdade e igualdade encontram-se em uma relação *não conflituosa*,¹⁹ pois que em sua principal acepção a *igualdade* deriva da vinculação do ente público aos direitos fundamentais e proscreve todo “tratamento desigual sem fundamento”.²⁰

¹⁶ Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

¹⁷ ARANGÜENA FANEGO, Coral. Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal. In: GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Org.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, 2009, p. 259-261.

¹⁸ Trad. livre. BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 29.

¹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 133.

²⁰ *Ibidem*, p. 132.

39. E a questão do *fundamento* é central para a técnica jurídica da garantia da *igualdade*. A identificação do fundamento, por sua vez, reclama a adoção de critérios a partir da comparabilidade, baseada em um *ponto de referência* (*tertius comparationis*) que seja o conceito supra-ordenado comum.

40. Sob esse conceito supra-ordenado comum, lecionam Pieroth e Schlink, “caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente”, em virtude do qual seria possível reconhecer a “razão para a preferência”, isto é, para que estas pessoas, grupos ou situações sejam tratadas diferentemente.²¹

41. O Tribunal Constitucional Federal alemão estipulou que entre os critérios para se considerar justificada, jurídico-constitucionalmente, a desigualdade de tratamento, a mais elevada intensidade da desigualdade, marco proibitivo da produção de efeitos jurídicos, há de levar em conta a hipótese em que o tratamento desigual “dificulte o exercício das liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente”.²²

42. Sustenta-se, portanto, a distinção entre direitos fundamentais e situação jurídica de poder e o reflexo disso no que concerne ao regime jurídico-constitucional da *igualdade*.

43. A diferenciação não é arbitrária. Ao revés, considera a metodologia inerente aos direitos fundamentais, em uma constituição rígida como a brasileira, que estipula uma “radical diferença de estrutura” com relação às situações jurídicas de poder, como avançado em outra passagem.²³

44. Os direitos fundamentais situam-se no campo dos contrapoderes e representam limitação legítima ao exercício de poderes – públicos ou privados – assentados em situações jurídicas de índole potestativa.

45. Este é o inequívoco contexto jurídico-constitucional no qual está inserida a Portaria nº 157 (MJSP), que a pretexto de regulamentar as “visitas sociais nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima”, suprime e restringe, em graus variados, mas igualmente inconstitucionais, os direitos de crianças, adolescentes, cônjuges e companheiros de apenados que estão presos nessas unidades, dificultando de maneira indevida o exercício das liberdades protegidas jurídico-fundamentalmente das crianças, adolescentes, cônjuges e companheiros de apenados, como será visto imediatamente em seguida.

46. Assim é que os direitos das crianças, adolescentes, cônjuges e companheiros de apenados, assegurados pela Constituição da República e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, são violados por meio da implementação do que determina o art. 2º e seu §2º da Portaria

²¹ *Ibidem*, p. 134.

²² *Ibidem*, p. 136.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* obra citada, p. 911.

ministerial nº 157/2019, discriminando indevida e ilegitimamente os titulares desses direitos, o que se torna evidente, incontestável e confessado à luz da exceção injustificável prevista no §1º do citado artigo, relativamente à «visita social em pátio de visitação» quanto aos presos «com perfil de réu colaborador ou delator premiado e outros cuja inclusão ou transferência não estejam fundamentadas nos incisos I a IV VI do art. 3º do Decreto nº 6.877, de 2009».

47. Paralelamente, por óbvio, também são violados os direitos dos próprios apenados que sofrem injusta e indevida discriminação.

48. Conforme o plano de trabalho da petição o próximo item enfocará a doutrina da proteção integral e referirá os precedentes internos e internacionais que comprovam o descumprimento dos preceitos fundamentais pelo ato impugnado e sua implementação.

IX - A QUESTÃO DA INFÂNCIA AFETADA PELA PORTARIA

49. Frise-se, por oportuno, mais uma vez, que a indigitada portaria fere de morte o princípio constitucional da intranscendência da pena, de vez que é flagrante a punição dos filhos do apenados, lhes sendo vedada a convivência familiar de maneira a respeitar a dignidade da criança e dos adolescentes nos termos estabelecidos no art. 19 do ECA e 227 da Constituição Federal de 1988.

50. Sabe-se que a manutenção dos laços familiares do preso com os seus é parte importante da ressocialização e, por isso, cada caso de visita realizada por crianças e adolescentes deve ser analisado para atender a todos os direitos envolvidos, principalmente a proteção daqueles que estão em peculiar fase de desenvolvimento físico e psíquico.

51. Nesta toada, o culto Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 107.701, assim aduziu:

Visita de filhos ou enteados a preso — ambiente (...) dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito de o preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. **Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia,**

levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao poder público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. [HC 107.701, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2011, 2ª T, DJE de 26-3-2012.]

52. Sobre esse aspecto, destaca-se que a realidade do ambiente carcerário federal, conforme relato de familiares dos presos, apesar de sua total inadequação para o recebimento dos visitantes, não pode afastar jamais o direito das crianças à convivência familiar; ressaltando-se a prioridade na proteção de todos os direitos vinculados às crianças, de acordo com o preceito fundamental da proteção integral, abaixo explicitado.

53. São direitos fundamentais das crianças e adolescentes aqueles elencados na Constituição para todos os indivíduos, porém, além destes, existe também a proteção integral, presente no artigo 227 da Carta Magna, garantindo à criança e adolescente prioridade em relação aos demais devido à necessidade de serem protegidos, e para proporcionar um crescimento saudável a estes indivíduos que estão em desenvolvimento.

54. Segundo Silva:

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes, e postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança e adolescente (SILVA, 2009, P.851).

55. Por via da Constituição da República a criança e o adolescente convertem-se em titulares de direitos para a proteção de seu desenvolvimento, observando primeiramente o respeito da dignidade como pessoa humana.

56. O Direito da Criança e Adolescente no Brasil experimentou, pois, significativa transformação quando da doutrina da situação irregular dos *menores* passa para a doutrina da proteção integral, e esta torna-se referência, segundo Custódio:

A teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil

contemporâneo. As transformações estruturais no universo político consolidadas no encerrar do século XX contrapuseram duas doutrinas de traço forte, denominadas da situação irregular e da proteção integral. Foi a partir desse momento que a teoria da proteção integral tornou-se referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil (CUSTÓDIO, 2008, P.22)

57. Desta forma, o artigo 227 da Constituição da República impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, de modo que o Excelentíssimo decano da Suprema Corte, assim ministrou:

(...). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF (...). Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, caput, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (RE 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 23-3-2010, DJE de 7-4-2010.)

58. O princípio da proteção integral estabelece que a criança e adolescente são indivíduos que merecem uma proteção complementar em relação aos seres adultos. Segundo Muller:

Pela nova ordem estabelecida, criança e adolescente são sujeitos de direitos e não simplesmente objetos de intervenção no mundo adulto, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detêm ainda uma “supraproteção ou proteção complementar de seus direitos”.

A proteção é dirigida ao conjunto de todas as crianças e adolescentes, não cabendo exceção (BRUNOL, 2001 apud MULLER, WEB, 2011).

59. Crianças e adolescentes são seres em constante desenvolvimento, o que requer especial atenção no intuito de proporcionar um amadurecimento adequado de acordo com a fase da vida em que se encontram:

Outra base que sustenta a nova doutrina é a compreensão de que crianças e adolescentes estão em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade, ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, o que enseja um regime especial de salvaguarda, o que lhes permite construir suas potencialidades humanas em plenitude (MULLER, WEB, 2011).

60. Assim dispõe o culto Ministro Roberto Barroso em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 778.889:

Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, assentando os princípios da proteção integral e da prioridade dos direitos das crianças e adolescentes. Afirmo, ainda, o direito do menor à convivência familiar e comunitária. (...) **A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a precedência em abstrato e prima facie dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas.** E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. [RE 778.889, voto do rel. min. Roberto Barroso, j. 10-3-2016, P, DJE de 1º-8-2016, com repercussão geral.]

61. Evidencia-se, pelo acima exposto, a inadmissibilidade do que pretende impor a Portaria 157, já que através de seu conteúdo objetiva não apenas restringir o direito das crianças de visitarem seus pais, privados de liberdade, como também condicioná-lo, por exemplo, ao que é chamado pela Portaria ministerial de “perfil de réu colaborador ou delator premiado”, discriminando, assim, os titulares do direito em questão, e expondo a grave risco o preceito constitucional da proteção integral.

62. O texto constitucional vai estabelecer a *absoluta prioridade* no respeito e proteção à criança e ao adolescente. Ressaltando-se a garantia, também constitucional, à convivência familiar, *in verbis*:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, WEB, 2015).

63. Neste sentido, o §4º, do art. 19, do ECA tratou de inserir o direito à convivência familiar com os genitores privados de liberdade:

Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (ECA, WEB, 2015).

64. O culto Ministro Gilmar Mendes expressa com clareza a obrigatoriedade do respeito ao direito fundamental de proteção da criança e do adolescente, contigo no artigo 227 da CRFB/88, no qual se insere o direito à convivência familiar. O referido julgado assim disciplina:

Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. **Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente.** Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito. Como tenho analisado em estudos doutrinários, **os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote) (...).** (SL 235, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 08/07/2008, publicado em DJe-143 divulg 01/08/2008 public 04/08/2008 rtj vol-00210-03 pp-01236)

65. Porém, não abordou essa conexão com os efeitos prejudiciais que ela pode trazer à esta criança tendo em vista os obstáculos enfrentados, bem como os mais diversos impedimentos de contato entre a criança e o pai, nas visitas ao sistema penitenciário federal no Brasil.

66. Ocorre que, ao acrescentar o §4º ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), criou-se um *dever do Estado* de considerar os reais interesses de proteção integral e prioridade absoluta, e não o contrário, porque embora tenham as crianças direito à convivência familiar com os genitores privados do direito de liberdade, são criados obstáculos para tal direito, como é o caso da Portaria 157, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, particularmente com a eliminação nada sutil da «visita social em pátio de visita», eliminada pela Portaria para os apenados presos em estabelecimentos federais de segurança máxima, malgrado preservadas às crianças e adolescentes filhos de «presos com perfil de réu colaborador ou delator premiado e outros cuja inclusão ou transferência não estejam fundamentadas nos incisos I a IV VI do art. 3º do Decreto nº 6.877, de 2009», na dicção do §1º, do art. 2º da referida Portaria.

67. Destaca-se, neste posto, que o Estado, em observância aos direitos das crianças, em epígrafe, possui um dever de fazer da visita familiar aos presídios um instrumento para a manutenção da própria família, e não mais uma forma de constrangimento que possa resultar inclusive na ruptura desta, colocando em risco justamente quem o Estado deveria proteger, segundo o imperativo da proteção integral.

X – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS AS CRIANÇAS

68. E o Direito Internacional Público dos Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos e os Direitos das Crianças não podem ser olvidados:

DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.

Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1;

Considerando que o Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de novembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

(...)

Artigo 9

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.
2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.
3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.
4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além

disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

69. O texto acima em destaque trata da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, em vigor internacional desde 2 de setembro de 1990.

70. No Preâmbulo do referido diploma internacional é expresso que a família é um grupo fundamental à sociedade, e que a criança deve crescer em contato direto com seus familiares para seu desenvolvimento pleno e harmonioso.

71. Entre outros tantos tratados internacionais que versam sobre a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, importa citar a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924; e a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular, nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular, no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.

72. A Declaração de Direitos Humanos da ONU afirma em seu artigo XVI ser a família o núcleo natural e fundamental da sociedade, tendo esta direito à proteção da sociedade e do Estado.

73. Combinado com o diploma internacional acima, traz-se à luz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que em seu corpo carrega direitos tão fundamentais para a análise do presente caso, como em seu artigo 5º, item 3, que afirma categoricamente que a pena não pode passar da pessoa do delinquente.

74. Ainda sobre o tratado internacional supracitado, em seu artigo 17, versa-se sobre a proteção da família:

“1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

75. Pelo acima exposto, em uma análise minuciosa de todos os tratados internacionais de proteção aos direitos da criança, há um nítido intuito em evidenciar a importância da estrutura familiar para o pleno desenvolvimento da criança, de forma que, na hipótese de qualquer interferência nesse sentido, por colocar em risco a criança, ser de direito à proteção integral, devem ser adotadas as medidas urgentes cabíveis a fim de evitar danos a ela, constituindo tal tarefa sério e valoroso dever do Estado.

76. Neste sentido versa o Artigo 16 da supracitada Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU:

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.
2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

77. A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu precedentes ligados a esta temática, nos quais determina que quando a pena inflige à família do preso sofrimentos que violam seus direitos humanos, resultando inclusive, por vezes, em sua ruptura e em danos psicológicos de difícil reparação, há nesses casos clara afronta aos direitos previstos na Convenção Americana, conforme citações acima, especialmente os previstos no artigo 1.1 e 5, que tratam, respectivamente, do dever do Estado de respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção, e do direito à integridade pessoal.

78. O conhecido Caso López Álvarez Vs. Honduras,²⁴ já sentenciado pela referida Corte, aborda exatamente a questão dos danos causados pela ruptura da estrutura familiar, gerada pelas restrições à visitação nos presídios. Seguem abaixo traduções de trechos importantes do julgado em comento:

Este Tribunal reconhece a situação que a Sra. Teresa Reyes Reyes, companheira da suposta vítima, e os filhos de ambos e da Sra. Reyes Reyes, passaram. Como resultado da prisão do Sr. López Álvarez por mais de seis anos, a Sra. Reyes Reyes assumiu a responsabilidade de cuidar de sua família sem o apoio de seu companheiro; (...) sofreu as precárias condições dos centros penitenciários quando visitou o Sr. Alfredo López Álvarez; esta situação piorou quando a suposta vítima foi transferida para a Penitenciária Nacional de Tamara.

Os filhos do senhor López Álvarez e da senhora Reyes Reyes não contaram com a proximidade da figura paterna e sofreram por causa das conseqüências emocionais e econômicas da situação sofrida pela suposta vítima. A Sra. Reyes Reyes disse ao tribunal que seus filhos estão inquietos e traumatizados. (...)

Este Tribunal considera razoavelmente provado que os filhos do senhor Alfredo López Álvarez (...) foram afetados pelo que aconteceu com o senhor

²⁴ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Consultado em 29 de abril de 2019.

López Álvarez no presente caso, já que sofreram por mais de seis anos por causa das condições (...)

79. A sentença acima reflete perfeitamente os riscos a que o Estado expõe as crianças ao privá-las de sua convivência, ainda que mínima, com os pais presos; demonstrando as graves violações aos direitos dessas crianças, ligadas à vedação do direito humano e constitucional da convivência familiar.

80. Ademais, submeter crianças a longas viagens, por vezes nas piores condições, longos trajetos de ônibus por que o Estado em sua eficiência não cumpre seu papel, a que está obrigado pelo art. 37, caput, da Constituição Federal, a longas e extenuantes viagens para mantê-las, então, isoladas de seus pais, através de um aquário, sem possibilidade de contato físico por conta do isolamento dos vidros, é inumano. Patológica deterioração da capacidade de empatia. E fere de morte preceito fundamental original da Constituição da República e derivado de tratados internacionais de direitos humanos.

81. As crianças não podem ser instrumentalizadas, as famílias, os cônjuges, que são também mães e pais, não podem ser manipulados pelo Estado para o atingimento de fins processuais.

82. Escancara-se o defeito de motivação da portaria impugnada. O que se busca é mais que controle, é mais que segurança, o que se busca são finalidades inconstitucionais. À guisa de violação da vedação constitucional da transcendência da pena, agente estatal busca impor um sofrimento maior a quem já está em condição de tortura, massacrando emocionalmente os filhos e familiares. O objetivo aparente é obter delações, colaborações, o objetivo oculto pode ser busca do caos social, busca da desestabilização para justificar medidas de exceção.

XI – A QUESTÃO DA VISITA ÍNTIMA AFETADA PELA PORTARIA

83. Muito embora faça remissão ao artigo 1º da Portaria nº 718 (MJSP), o fato é que a regra em vigor é a do artigo 10 da Portaria nº 157 (MJSP), de 12 de fevereiro de 2019, que ao ratificar a anterior acolhe o seu preceito. Caso assim não entenda o STF, por arrastamento deverão ser impugnados os seguintes dispositivos da Portaria 718:

Art. 1º A visita íntima pode ser concedida com periodicidade mínima de uma vez por mês, em dias e horários estabelecidos pelo diretor da penitenciária, respeitadas as características de cada estabelecimento penal federal.

§1º A visita íntima será concedida aos presos declarados, nos termos da Lei e por decisão judicial, como réu colaborador ou delator premiado e aos presos que não se enquadrem nas características descritas no parágrafo seguinte.

§ 2º Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, é vedada a concessão de visita íntima a presos que possuam, ao menos, uma das seguintes características, conforme disposições do Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD);

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

84. A atual regulamentação da visita íntima pela Portaria nº 157 (MJSP), por remissão à Portaria 718, vai de encontro aos seguintes dispositivos das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, conhecidas como Regras de Mandela:

Regra 1

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

[...]

Regra 3

O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade. Portanto, o sistema prisional não deverá agravar o

sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.

[...]

Regra 5

1. O regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.

[...]

Regra 43

1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos.

2. Instrumentos de imobilização jamais devem ser utilizados como sanção a infrações disciplinares.

3. Sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido por um prazo limitado e quando for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

[...]

Contato com o mundo exterior

Regra 58

1. Os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, de comunicarem-se periodicamente com seus familiares e amigos, periodicamente: (a) por correspondência e utilizando, onde houver, de telecomunicações, meios digitais, eletrônicos e outros; e (b) por meio de visitas.

2. Onde forem permitidas as visitas conjugais, este direito deve ser garantido sem discriminação, e as mulheres presas exercerão este

direito nas mesmas bases que os homens. Devem ser instaurados procedimentos, e locais devem ser disponibilizados, de forma a garantir o justo e igualitário acesso, respeitando-se a segurança e a dignidade.

85. As Regras de Mandela foram editadas em 2015 com o condão de atualizar as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos e levam em conta importantes instrumentos internacionais em vigor no ordenamento jurídico brasileiros, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo.

86. Ao ratificar as regras da Portaria 718 (MSJP), a Portaria 157 (MJSP) reduziu quase por completo a possibilidade de visitas íntimas no Sistema Penitenciário Federal, uma vez que a proibição se deu a cinco das seis hipóteses mencionadas no artigo 3º do Decreto 6.877/2009.²⁵

87. A visita íntima, longe de ser um privilégio do preso, é instrumento fundamental a fim de assegurar sua dignidade e garantir o exercício do seu direito à intimidade. A própria Constituição de 1988 reconheceu o direito à intimidade como direito fundamental indissociável dos direitos da personalidade, conforme seu art. 5º, X.²⁶

88. Nesse sentido, levando em conta a importância do direito à intimidade, o Supremo Tribunal Federal em oportunidade anterior reconheceu o “empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas” (ADPF 132 e ADI 4277).²⁷

89. Ademais, mesmo antes da Constituição de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro já asseverava a importância da visita íntima como direito do preso. Assim, a redação originária do artigo 41 da Lei de Execução Penal, ainda hoje em vigor, prevê como direito do preso “a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

²⁵ Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características:

I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD;

IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

²⁶ Art. 5º, CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²⁷ Julgamento em conjunto da ADPF 132/DF e da ADI 4722/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Requerentes: Governador do Estado do Rio de Janeiro (ADPF 132) e Procuradoria-Geral da República (ADI 4722). Julgamento em 05 de maio de 2011.

90. A profunda restrição à visita íntima dos presos no Sistema Penitenciário Federal também afronta o princípio constitucional da intranscendência da pena, pois resulta em flagrante punição aos cônjuges e às companheiras dos presos. Esta medida tem como único objetivo aumentar o isolamento social do preso, distanciando-lhe de sua família e utilizando de métodos tendentes à anulação de sua personalidade.

91. Na contramão do reconhecimento da função ressocializadora da prisão, a qual reclama a concretização dos direitos à dignidade, intimidade e convivência familiar do preso, o que se vê na regulamentação imposta pela Portaria nº 157 (MJSP) em seu art. 10 é a instituição de práticas cruéis e torturantes no sistema penal brasileiro, em afronta ao art. 5, incisos III e XLVII, alínea e), da Constituição da República de 1988.²⁸

92. Desta forma, o ato impugnado viola também os seguintes dispositivos da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis²⁹:

Artigo 1

1. Para os fins desta Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

[...]

Artigo 16

1. Cada Estado Parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalem a tortura, tal como definida no artigo 1º, quando tais atos forem cometidos por um funcionário

²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

²⁹ Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis. Adotada pela Resolução n. 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. No Brasil, foi ratificada em 28 de setembro de 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTortTratPenCruDesDegr.html>. Consultado em 29 de abril de 2019.

público ou por outra pessoa no exercício de atribuições públicas, ou ainda por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações contidas nos artigos 10, 11, 12 e 13, substituindo-se as referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

2. As disposições desta Convenção não prejudicarão qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que digam respeito à extradição ou expulsão.

93. A implementação da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, e a sua execução ensejam transformações arquitetônicas nas unidades de cumprimento de pena que, na hipótese de não deferimento da suspensão do ato impugnado, a título provisório, e de seu reconhecimento ao final como violador de preceitos fundamentais, com sua eliminação da ordem jurídica, causarão dano irreparável ao direito das crianças, adolescentes filhos dos apenados e a seus cônjuges e companheiros.

94. O disposto no §2º do art. 2º da referida Portaria, que com as desculpas pela reiteração, abaixo é reproduzido, aponta para inequívoco programa de “adaptação arquitetônica» das unidades prisionais com o propósito de ajustá-las à nova ordem inconstitucional e violadora das convenções internacionais referidas.

Art. 2º As visitas sociais nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima serão restritas ao parlatório e por videoconferência, sendo destinadas exclusivamente à manutenção dos laços familiares e sociais, e sob a necessária supervisão, em conformidade à Regra 58 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos e ao Decreto nº 6.049, de 2007.

[...]

§ 2º A visita social em parlatório de que trata o caput será assegurada ao cônjuge, companheira, parentes e amigos, separados por vidro, garantindo-se a comunicação por meio de interfone.

XII – A CONDIÇÃO EXCEPCIONAL DO PRESO COM PERFIL DE RÉU COLABORADOR OU DELATOR PREMIADO

95. Não há objeção a que o preso com perfil de colaborador ou delator premiado tenha direito à visita social de seus familiares e amigos em lugar adequado, tampouco à visita íntima.

96. Entretanto, é necessário a plena aplicação do princípio da igualdade e sobretudo levar-se o fundamento dos direitos humanos em sua função limitadora da margem de atuação e decisão do Estado na análise dessa situação, a qual a portaria estabelece como excepcional ao caput do art. 1º da Portaria 157.

Art. 1º Esta Portaria disciplina o procedimento de visita social aos presos nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Parágrafo único. A visita social no Sistema Penitenciário Federal pode ser:

I - em pátio de visitação;

II - em parlatório; e

III - por videoconferência.

Art. 2º As visitas sociais nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima serão restritas ao parlatório e por videoconferência, sendo destinadas exclusivamente à manutenção dos laços familiares e sociais, e sob a necessária supervisão, em conformidade à Regra 58 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos e ao Decreto nº 6.049, de 2007.

§ 1º **O disposto no caput não se aplica aos presos com perfil de réu colaborador ou delator premiado** e outros cuja inclusão ou transferência não estejam fundamentadas nos incisos, I a IV e VI do art. 3º do Decreto nº 6.877, de 2009, sendo permitida a visita social em pátio de visitação.

97. Se o preso com perfil de colaborador ou delator possui direitos, os outros presos também os possuem.

98. Não há boas razões para que se proceda tal discriminação. Nesse sentido, a Portaria nº 157 (MJSP) parece pretender alcançar objetivos de natureza processual, incentivando a realização de colaboração premiada por parte dos acusados.

99. E a questão do *fundamento* é central para a técnica jurídica da garantia da *igualdade*. A identificação do fundamento, por sua vez, reclama a adoção de critérios a partir da comparabilidade, baseada em um *ponto de referência (tertius comparationis)* que seja o conceito supra-ordenado comum.

100. Sob esse conceito supra-ordenado comum, lecionam Pieroth e Schlink, “caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente”, em virtude do qual seria possível reconhecer a “razão para a preferência”, isto é, para que estas pessoas, grupos ou situações sejam tratadas diferentemente.

101. A supressão e restrição dos direitos referidos nos itens VIII, IX, X e XI são equivalentes funcionais da tortura, cumprindo este papel instrumental na medida em que induzem que somente

a condição de condenado-colaborador ou delator permite o exercício dos direitos fundamentais, que no caso particular são enfaticamente direitos humanos que consolidam o valor «dignidade da pessoa humana».

102. A discriminação proposta não é um prêmio aos condenados-colaboradores. Em verdade, trata-se de castigo aos que não adotando essa postura durante o processo condenatório e/ou na etapa da execução penal, convertem-se em «seres não merecedores» da convivência familiar e da visita íntima. Instrumentaliza-se o *humano* manejando sentimentos e emoções que sacrificam gravemente o condenado e, reitera-se, ainda mais seriamente pessoas que não o foram (crianças, adolescentes, cônjuges e companheiros dos apenados).

103. Assim, se o *fundamento* é central para a técnica jurídica da garantia da *igualdade*, na hipótese o que se tem é um critério de comparabilidade baseado em um *ponto de referência* inadequado. Afinal, presumindo-se que a colaboração e a delação premiada devem ser voluntárias, ninguém pode ser obrigado a colaborar ou delatar. Dito de outra maneira: o *prêmio* não pode ser o exercício do direito, pois como salientou há tempos Vicente Ráo, este exercício contempla a ocupação de uma posição jurídica de vantagem. Literalmente:

“[D]ireito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social”.³⁰

104. Na dicção da Portaria impugnada, crianças, adolescentes, cônjuges e companheiros dos apenados tornam-se reféns de uma prática criminal que os separa indevidamente dos condenados, oferecendo-se a oportunidade do exercício do direito somente se e quando estes convertem-se em colaboradores.

105. Como salientado, o direito que se sacrifica, contudo, não é tão somente o direito do apenado, o que é grave e igualmente inconstitucional, mas também de seus filhos e netos, de seus companheiros e cônjuges que efetivamente não foram processados e não podem suportar os efeitos de uma condenação criminal.

³⁰ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 7ª ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 585.

XIII - DOS PEDIDOS LIMINARES

106. O requisito do *fumus boni iuris* está presente, conforme evidencia toda a argumentação exposta acima.

107. O requisito do *periculum in mora* também está preenchido. As medidas impostas pela Portaria nº 157 (MJSP), ao violarem direitos como o da convivência familiar, visita íntima e da proteção integral da criança e do adolescente e se utilizarem de instrumentos de prática de tratamento inumano e cruel, têm como consequência natural e imediata sofrimento de impossível reparação, a afetar os direitos dos presos, das crianças e adolescentes filhos do apenado e seus cônjuges e companheiros.

108. A reforçar o *periculum in mora*, ressalta-se que a implementação da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, e a sua execução ensejam transformações arquitetônicas nas unidades de cumprimento de pena que também causarão dano irreparável ao direito das crianças, adolescentes filhos dos apenados e a seus cônjuges e companheiros.

109. Requer-se como primeiro pedido liminar que sejam suspensos os efeitos da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019 do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Com isso deve ser imediatamente restabelecido o direito às visitas sociais, no pátio, dos familiares dos presos, uma vez que as regras da Portaria são incompatíveis com os preceitos fundamentais constitucionais referidos ao longo da petição, e verticalmente incompatíveis com tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

110. Como inextrincável a declaração de incompatibilidade com o Ordenamento Constitucional e vertical em relação aos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos apontados, requer-se, liminarmente, por conta da nulidade do artigo 10 da Portaria nº 157/2019, sejam igualmente suspensos os efeitos da Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, devendo ser restabelecido no sistema penitenciário federal o direito às visitas íntimas.

XIV - DOS PEDIDOS DE MÉRITO

111. Requer-se:

- a. A notificação do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, como autoridade responsável pelo ato questionado, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei 9.882/1999.

- b. A notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999.
- c. A notificação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882/1999.
- d. seja declarado incompatível com preceitos e garantias fundamentais o conteúdo material da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, por violação ao direito à convivência familiar, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como declaradas violadoras de preceitos fundamentais da Constituição e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos e de Direitos das Crianças todas as formas de restrição de visitas sociais com contato pessoal de crianças, adolescentes e jovens, familiares de pessoas presas em qualquer que seja o regime de cumprimento de pena.
- e. seja declarado incompatível com preceitos e garantias fundamentais o conteúdo material da Portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que ao restringir a possibilidade de visitas íntimas viola preceitos fundamentais da Constituição e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Muito embora faça remissão ao artigo 1º da Portaria nº 718 (MJSP), o fato é que a regra em vigor é a do artigo 10 da Portaria nº 157 (MJSP), de 12 de fevereiro de 2019, que ao ratificar a anterior acolhe o seu preceito. Caso assim não entenda o STF, por arrastamento deverá ser impugnado o artigo 1º da Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017 do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Nestes termos,
Pedem deferimento

Brasília, 22 de abril de 2019.

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
OAB/RJ 46.484

Caio Badaró Massena
OAB/RJ 217.129

Angelo Longo Ferraro
OAB/DF 37.922

Carlos Nicodemos
OAB/RJ 75.208

Camila Guedes de Carvalho
OAB/RJ 224.523