

Estudo crítico do acórdão do STJ no Resp nº 1.695.349/RS

Tatiane Colombo

Henriqueta Fernanda C.A.F.Lima

Ementa: Processo Penal. Provas. Revista Íntima calcada em “denúncia anônima”. Inexistência de outros elementos a justificar fundada suspeita. Ausência de elementos objetivos e racionais. Direitos fundamentais à intimidade, à honra e à imagem do suspeito. Desproporcionalidade. Medida Invasiva. Ilicitude das Provas Obtidas.

Resumo

Na perspectiva do pós-positivismo, tão defendido por Ronald Dworkin e Robert Alexy, o conceito de norma, longe de ser sinônimo de regra, traz os princípios como integrante, de modo que o Direito, enquanto ciência, passa a admitir no seu bojo carga axiológica dantes não aceita. Não menos verdade que a Constituição Federal de 1988, mais do que nunca, passa a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana assume papel essencial, impactando no modo de atuação do jus puniendi estatal, à medida em que direitos e garantias fundamentais da pessoa acusada criminalmente não podiam ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. Nesse contexto, buscar-se-á, a partir do método dedutivo-analítico e com a técnica de pesquisa de estudo de caso (Resp 1.695.349/RS) e revisão bibliográfica, analisar a licitude da prova colhida a partir de revista íntima vexatória e oriunda exclusivamente de “denúncia anônima” e sem respaldo em elementos objetivos e racionais.

Palavras-chave: Revista Intima; Ausência de elementos racionais; Medida Invasiva; Prova; Ilicitude.

Abstract

From the perspective of post-positivism, so defended by Ronald Dworkin and Robert Alexy, the concept of norm, far from being synonymous with rule, brings the principles as an integral part, so that Law, as a science, starts to admit in its core charge axiological before it does not accept. No less true than the Federal Constitution of 1988, more than ever, it radiates its effects throughout the legal system and the principle of human dignity assumes an essential role, impacting the way in which the state jus puniendi acts, as

fundamental rights and guarantees of the criminally accused person could not be violated without the consent of the constituent. In this context, we will seek, using the deductive-analytical method and with the case study research technique (Resp 1.695.349 / RS) and bibliographic review, to analyze the lawfulness of the evidence collected from a vexatious intimate magazine and derived exclusively from “anomalous denunciation” and without support in objective and rational elements.

Keywords: Revista Intima; Absence of rational elements; Invasive Measure; Proof; Illegality.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 erigiu a separação dos poderes como cláusula p etra, considerando-a como essencial   concretização do Estado Democrático de Direito. Com o mesmo desiderato, a dignidade da pessoa humana   condição de fundamento da República Federativa do Brasil, de modo que erradia seus efeitos sobre as relações jurídicas, tutelando direitos como   saúde e à integridade física e psicológica, tratando-os como direitos fundamentais e da personalidade, os quais são extensíveis a todos os seres humanos, ainda os que estão com sua liberdade ambulatorial mitigada por prática de crime.

É dentro desse contexto que o presente estudo se propõe a investigar, a partir do método dedutivo-analítico e com a técnica de pesquisa de estudo de caso (Resp 1.695.349/RS) e revisão bibliográfica, a licitude da prova colhida a partir de revista ótima vexatória, desumana e degradante, oriunda exclusivamente de “denúncia anônima” e sem respaldo em elementos objetivos e racionais.

Num primeiro momento, analisar-se-  o instituto da prova no processo penal sob a lente da hermen tica constitucional, pontuando os limites   atuação do *jus puniendi* para busca da verdade, aqui considerado como um dogma, bem como a distinção entre provas  l citas e ilegítimas. Nesse talante, destacar-se-  a controvérsia doutrinária quanto à possibilidade do uso de prova  l cita, havendo quem defenda sua excepcionalidade incondicionada; outros a aplicação literal dos dispositivos legais e constitucionais; outros, em nome do interesse público a admissibilidade da prova  l cita; e a maioria, tão somente em favor do acusado, invocando a proporcionalidade.

Em seguida, após assinalar que as provas decorrentes só em “denúncia anônima”, de per si, são eivadas de ilicitude, por força da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, passar-se-á ao estudo aprofundado do recurso especial em comento, ponderando, não só com base em julgados recentes aplicáveis ao tema, mas também de visão doutrinária e de Tratados Internacionais, que a revista intima desumana viola direitos humanos/fundamentais, sendo considerada tortura e a prova dela oriunda, ilícita.

1 Prova no processo penal e influxos constitucionais: limites à busca da verdade e à prevenção da prática de crimes

Ante a lógica da força normativa e da supremacia da Constituição Federal, todo o ordenamento jurídico passa a sofrer influxos do seu texto, de modo que eventuais incompatibilidades carregam a pecha de inconstitucionalidade.

Quando se cuida do exercício do jus puniendi, em que de um lado se tem o dever do Estado em resguardar a sociedade de violação a bens jurídicos considerados de relevo, a busca da pacificação social, e de outro a liberdade do acusado, mister algumas cautelas a começar pela busca da verdade.

A prova é um instrumento processual de suma importância dentro processo penal. É através dela que se alcança, ou ao menos se aproxima, da verdade real sobre as condições fáticas do delito. De acordo com Tourinho Filho são “(...)os *elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos*” (2011, p.361).

Segundo Franco Cordeiro (2000, p.49), a prova é sempre aceita no processo penal quando não existe uma norma que exclua ou proíba seu ingresso, de modo que a prova só será aceita se sua produção for admitida e seu ingresso só permitido se aceita, admitindo o uso de provas ilícitas no processo penal, mas não para fins de incriminação. Essa teoria é criticada por ser contraditória: ora admitir em favor do réu e, na prática, em seu desfavor.

Há outra teoria que defende o uso da prova ilícita em nome da proporcionalidade, digo, quando em nome do interesse em jogo for extremamente necessário a sua

preservação e o não uso poderá gerar impacto relevante a todo sistema, como por exemplo no HC.3.982, RSTJ 82/322 (DE MOURA, 2013). Para a autora, a prova ilícita seria o gênero do qual seriam espécies as ilícitas em sentido estrito – violam as regras do direito constitucional e material, referem-se à coleta da prova, sendo irrepetíveis e evitadas de nulidade -, e as ilegítimas – afrontam norma de caráter processual e se referem à produção da prova.

Depreende-se que não há consenso quanto ao tema: existem teorias que recusam totalmente o uso de prova ilícita; outras que mitigam, admitindo só por meio da proporcionalidade em prol do interesse público; outros, em favor do réu e as que admitem sem restrição (LOPES JUNIOR, 2012, p.594).

Ao tratar do instituto da prova, a Constituição dispõe, no art.5º, LVI “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, ratificando que direitos fundamentais não podem ser violados em razão da busca do esclarecimento do ilícito. Daí mister se analisar o instituto da prova à luz dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu art.157, caput, *in verbis*: “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, de modo a preservar a dignidade do investigado e a moralidade, imperando, segundo Tourinho Filho, o princípio do favor rei, ou se já, a proibição de provas ilícitas e ilegítimas se aplica quando usadas em desfavor do acusado e não o contrário. Leciona o autor que “*(...) se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu*” (TOURINHO FILHO, 2011, p.71).

Para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvoione: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação das normas legais ou os princípios gerais do ordenamento; de natureza processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegítimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilicitamente colhida) (GRINOVER, 1982, p. 67).

Partindo dessa perspectiva de que a proibição de prova ilícita se insere como direito fundamental e que excepcionar essa regra, utilizando-se da proporcionalidade, deve se dá em consonância com princípios constitucionais da presunção de inocência, a

doutrina dominante defende a admissibilidade da prova ilícita após exame da proporcionalidade pro reo (Aury Lopes Junior, Paulo Rangel, Vicente Greco Filho, por exemplo).

Vicente Grecco assinala que *“uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”* (GRECCO, 1989, p.112-113)

Ora, considerando a supremacia dos princípios em relação às regras por conterem aqueles valores fundantes de dada sociedade, quando se estiver diante de conflito aparente entre a regra (da obtenção da prova ilícita, inserida no art. 5º, LVI, da Constituição Federal) com o princípio (presunção da inocência), mister se aplicar esse último, embora, na prática, o que se observa é o uso indistinto dos termos “regra” e “princípio” como se fossem sinônimos, impactando em premissas equivocadas ao se interpretar e aplicar a norma ao caso concreto.

Há que se ponderar que o grau de violação ao ordenamento jurídico é tão grave que o legislador ordinário erigiu à condição de prova ilícita a prova por derivação, aplicando a teoria dos frutos da árvore envenenada (art.157, § 1º, CPP), segundo a qual ainda que colhida licitamente, os meios utilizados a descoberta da prova é ilícito, contaminando-a.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci: *“a prova derivada da ilícita deve ser expurgada do processo, pois é inadmissível para a formação da convicção judicial”* (NUCCI, 2009,p.361).

A despeito disso, o CPP ressalva duas hipóteses em que se afasta a ilicitude da prova por derivação: embora aparentemente derivada, não se vislumbra a existência do nexos causal entre o ato ilícito e a colhida da prova; ou a prova poderia ser colhida de outra maneira e provavelmente seria, havendo tão somente a antecipação.

A jurisprudência sedimentada do STJ e o STF é no sentido de que a mera “denúncia anônima”, sem outros elementos, não é hábil a justificar a adoção de medidas invasivas, que excepcionem direitos fundamentais, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR E DO LOCAL DE TRABALHO EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE.

ABORDAGEM DO PACIENTE NA RUA, SEGUIDA DE REVISTA PESSOAL NA QUAL NADA DE ILÍCITO FOI ENCONTRADO EM SUA POSSE. CONDUÇÃO SUBSEQUENTE DO SUSPEITO A SEU LOCAL DE TRABALHO E À SUA RESIDÊNCIA, NOS QUAIS FORAM ENCONTRADOS ENTORPECENTES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

2. A Corte Suprema assentou, também, que "o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

3. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em estabelecimentos protegidos pela garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. "A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida." (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019.)

5. Somente a informação de que o paciente tivera envolvimento anterior com tráfico de drogas não autoriza a autoridade policial a conduzi-lo até seu local de trabalho e sua residência, locais protegidos pela garantia constitucional do art. 5º, IX, da CF, para ali efetuar busca, sem prévia autorização judicial e sem seu consentimento, diante da inexistência de fundamento suficiente para levar à conclusão de que, naqueles locais, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Precedente: (HC 527.161/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019).

6. No caso concreto, a leitura dos Termos de Depoimento dos condutores do paciente, na ocasião do flagrante, revela que, após terem abordado e revistado o paciente na rua por terem conhecimento de seu envolvimento anterior com o tráfico, e com ele encontrarem apenas T\$ 35,00 e um molho de chaves, sem qualquer indício ou investigação prévia sobre local em que poderia haver droga, o paciente foi por eles conduzido primeiro a seu local de trabalho (uma barbearia), onde foram encontrados 14 (quatorze) "ependorfs" contendo substância semelhante a cocaína, e depois à sua residência, na qual foram descobertos saquinhos plásticos, típicos de embalar drogas, dois comprimidos e, no quarto do autuado, uma balança de precisão.

7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no local de trabalho e no domicílio do paciente sem seu consentimento e sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião deve ser considerada ilícita.

8. Já tendo havido condenação do paciente no 1º grau de jurisdição, deve a sentença ser anulada, absolvendo-se o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

9. Recurso provido. (RHC 126.092/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (negritos acrescidos).

Imagine-se que, em dia de visita em dada unidade prisional, uma mulher, com droga na vagina, sem autorização para tanto ou em desacordo com permissivo legal ou regulamentar, tentar adentrar no estabelecimento, e, com base em “denúncia anônima”, os agentes penitenciários procedem à revista íntima, logrando encontrar a droga. Nesse caso, o STJ vem entendendo que, conquanto o procedimento, de per si, desde que de acordo com previsto em lei e na Constituição Federal, não seja ilícito, não pode decorrer tão somente de suspeita infundada e não ser invasivo, submetendo a formas de revista vexatória, degradante, desumana, por violar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a honra e a imagem, direitos fundamentais caros ao Estado Democrático de Direito, sob pena de ser prova ilícita por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Vejamos o caso a ser comentado com detalhes.

2 Revista Íntima derivada exclusivamente de “denúncia anônima” e ilicitude: análise do Resp 1.695.349- RS

Apenas para situar o caso, cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul sob o fundamento de que à busca pessoal, nos termos do disposto no art.240, §2º, CPP, basta a fundada suspeita e que, havendo respaldo legal à realização da revista íntima desconsiderada, indevidamente pelo Tribunal de Origem, não há que se falar em ilicitude da prova colhida. Dessa forma, pugna pela condenação da acusada pelo crime de tráfico de drogas.

Pois bem. Faz-se nessas situações a diferenciação da Busca Pessoal de Busca Domiciliar, até porque no próprio artigo do Código de Processo Penal que traz a sua previsão legal para a última há necessidade de fundadas razões e para a primeira fundada suspeita.

O próprio artigo 240 do Código de Processo Penal traz em seu corpo que ocorrerá a busca domiciliar para prender criminosos, apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crimes destinados a fim delituosos, descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; apreender pessoas vítimas de crimes; e colher qualquer elemento de convicção.

Importante se salientar que nos termos da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI a “casa é asilo inviolável do indivíduo”, assim para a realização de busca domiciliar se faz necessário que se tenha autorização judicial, sendo que só em casos excepcionais e previstos em lei se faria possível excepcionar tal princípio.

A busca pessoal, prevista no artigo 244 independe de mandado e tem como objeto como diz o próprio nome a pessoa, no sentido de corpo e roupas em razão de fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou objetos e papeis que possam constituir corpo de delito, ou caso seja determinada em busca domiciliar.

As revistas íntimas vexatórias em mulher são tão comuns, infelizmente, que instada a julgar o caso Miguel Castro vs. Peru, ocorrido em 2006, tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluído, com veemência, que medidas discriminatórias com base no gênero são consideradas forma de violência contra a mulher e, logo, caracteriza-se como forma de tortura.

Considerada como verdadeira “violência sexual institucionalizada”, a revista vexatória é ocultada pelo termo “revista íntima não só viola à dignidade humana (arts. 1º, inciso III, da Constituição Federal, 11.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre outros instrumentos normativos), à intimidade (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), à integridade física, psíquica e moral (art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e à convivência familiar entre visitantes e presos (arts. 37, das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, e 41, inciso X, da LEP) por dispender tratamento desumano a pessoas com vínculo afetivo com os presos.

Nessa senda, o princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado também é desrespeitado por essa revista vexatória que, segundo o Informativo Rede Justiça Criminal, de 2015, consiste em “(...) *procedimento obrigatório para que familiares, companheiros e cônjuges possam fazer visitas a estabelecimento penais na maioria dos estados brasileiros.*”, eis que estigmatiza tais pessoas por simplesmente deterem vínculo com o segregado. Em pesquisa realizada em quatro anos (de 2010 -2013), em diversas unidades prisionais no Estado de São Paulo, “*que apenas 0,03% dos visitantes trazia consigo objetos como drogas e celulares.*” e que “*quase 3,5 milhões de pessoas foram submetidas ao procedimento vexatório de revista em 2012 no estado.*”, demonstrando a ineficácia da medida. Na mesma pesquisa, o Defensor Público Marcelo Carneiro Novaes assinalou que “*a sistemática e indiscriminada “pagação de revista” traduz tortura, tratamento degradante, um verdadeiro estupro institucionalizado(...)*” e para a psicóloga da Pastoral Carcerária, Catarina Pedroso, destacando a importância das visitas para manutenção dos laços de afetividade, acabam por “*(...)impor uma punição ilegal e de uma crueldade sem tamanho.*”.

Assim, vê-se que a revista vexatória viola não só o direito interno, como também os compromissos que o Estado Brasileiro assumiu internacionalmente, junto à ONU e à OEA, de respeitar os direitos humanos.

Ante a gravidade da violação aos direitos mais mezinhos da mulher, na mesma toada a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2008, também entendeu que as inspeções anais e vaginais deveriam ser proibidas por lei específica, por serem desproporcionais e incompatíveis aos direitos e às garantias da pessoa humana.

Convenção das Nações Unidas contra a discriminação da mulher data de 1979 já previa a violência de gênero, tal qual a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” de 1994.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já condenou a Argentina, por exemplo, por submeter crianças e mulheres a esse tipo de tratamento.

Assim, percebe-se que interpretações paradigmáticas, evolutivas, volvidas pelo princípio *pro homine* e voltadas à proteção do ser humano pela simples condição de ser pessoa e titular de direito à vida digna, como a exposta no Caso Castro vs. Peru, precisam ser copiadas e cumpridas não só pelo Estado, mas por toda sociedade que ainda carrega os resquícios de visão machista, sexista, discriminatória e preconceituosa. Avante.

O art.5º, §2º da Constituição Federal determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte e, com o advento da EC 45/2004 os tratados sobre direitos humanos passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais (MAZZUOLI, 2007, p. 686/687).

Nesse talante, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 28 de agosto de 2014, editou a Resolução n. 5, de 28 de agosto de 2014, que recomenda *"a não utilização de práticas vexatórias para o controle de ingresso aos locais de privação de liberdade e dá outras providências"*, nos seguintes termos:

Art. 1º. A revista pessoal é a inspeção que se efetua, com fins de segurança, em todas as pessoas que pretendem ingressar em locais de privação de liberdade e que venham a ter contato direto ou indireto com pessoas privadas

de liberdade ou com o interior do estabelecimento, devendo preservar a integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada.

Parágrafo único. A revista pessoal deverá ocorrer mediante uso de equipamentos eletrônicos detectores de metais, aparelhos de raio-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de segurança capazes de identificar armas, explosivos, drogas ou outros objetos ilícitos, ou, excepcionalmente, de forma manual.

Art. 2º. São vedadas quaisquer formas de revista vexatória, desumana ou degradante.

Parágrafo único. Consideram-se, dentre outras, formas de revista vexatória, desumana ou degradante: I – desnudamento parcial ou total; II – qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada; III – uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim; IV – agachamento ou saltos.

Art. 3º. O acesso de gestantes ou pessoas com qualquer limitação física impeditiva da utilização de recursos tecnológicos aos estabelecimentos prisionais será assegurado pelas autoridades administrativas, observado o disposto nesta Resolução.

Art. 4º. A revista pessoal em crianças e adolescentes deve ser precedida de autorização expressa de seu representante legal e somente será realizada na presença deste.

Art. 5º. Cabe à administração penitenciária estabelecer medidas de segurança e de controle de acesso às unidades prisionais, observado o disposto nesta Resolução.

Depreende-se que a resolução supra proíbe as revistas vexatórias, degradantes e desumanas, inclusive, trazendo condutas que se enquadrariam como tais, além de prevê o uso de equipamentos eletrônicos para revista pessoal, buscando compatibilizar os interesses em jogo: da segurança/ controle de acesso às unidades prisionais e prevenção/repreensão ao crime com direitos humanos da pessoa a ser revistada.

O mesmo Relator do recurso especial em análise, em caso similar e de maneira mais aprofundada, inclusive reconhecendo os influxos do direito internacional na temática, como dito alhures, assinalou que:

É inarredável a afirmação de que a revista íntima, eventualmente, constitui conduta atentatória à dignidade da pessoa humana (um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito), em razão de, em certas ocasiões, violar brutalmente o direito à intimidade, à inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso.

Em verdade a adoção de revistas íntimas vexatórias e humilhantes viola tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil e contraria

recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, das Organizações das Nações Unidas e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Apenas como reforço da preocupação em se proibir a prática de revistas vexatórias em âmbito internacional, menciono que, por ocasião do julgamento do caso *Castro Castro vs. Peru*, ocorrido em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou que a revista da genitália feminina é considerada forma de violência contra a mulher e, por tal motivo, caracteriza-se como forma de tortura. Na mesma linha, a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2008, entendeu que as inspeções anais e vaginais deveriam ser proibidas por lei específica sobre o tema, por serem incompatíveis e desproporcionais aos direitos e às garantias da pessoa humana.

No Brasil, várias organizações já se manifestaram contrariamente à revista vexatória (v. g., Conectas Direitos Humanos, Rede Justiça Criminal, Pastoral Carcerária, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

Não por outro motivo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) – Ministério da Justiça – publicou a Resolução n. 5, de 28 de agosto de 2014, que recomenda "a não utilização de práticas vexatórias para o controle de ingresso aos locais de privação de liberdade e dá outras providências",

(...)

De acordo com o CNPCCP, a revista pessoal deve ser feita por meio de equipamentos eletrônicos e estão vedadas quaisquer formas de revista que atentem contra as integridades física e psicológica dos visitantes. Também faço menção à Lei Federal n. 13.271/2016 – que dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais –, a qual proíbe expressamente as empresas privadas, os órgãos e as entidades da administração pública, direta e indireta, de adotar "qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias ou de clientes do sexo feminino" (art. 1º)." (STJ – Resp 1.789.330- RS – Relator Min. Rogério Schietti Cruz. SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 12/02/2020) (negritos acrescidos)

Eis a ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA. REVISTA VEXATÓRIA, HUMANA OU DEGRADANTE. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Caso haja fundadas suspeitas de o visitante do presídio estar portando material ilícito, é possível a realização de revista íntima, com fins de segurança, o que, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana. Contudo, não há como olvidar que tal procedimento deve ser realizado dentro dos parâmetros legais e constitucionais, sem nenhum procedimento invasivo, o que, no entanto, não foi observado no caso.

2. Uma vez que o acórdão recorrido reconheceu, expressamente, ter sido a acusada submetida a formas de revista vexatória, desumana ou degradante - agachamento, desnudamento e abertura do canal vaginal -, são ilícitas as provas produzidas em seu desfavor por meio da revista

íntima, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a sua absolvição, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1789330/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 12/02/2020) (negritos acrescidos)

Em recente julgado, o Des. Pedro Sakamoto, do e.TJMT assinalou que não se considera qualquer prova como ilícita por decorrer de revista pessoal, mas se essa decorrer de procedimento desumano, vexatório ou degradante.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – ALEGADA A ILICITUDE DAS PROVAS – NULIDADE DO PROCESSO – APREENSÃO DOS ENTORPECENTES – REVISTA REALIZADA EM VISITANTE DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – SUPOSTA OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA – INVALIDADE DOS ATOS POSTERIORES – INEXISTÊNCIA – VISITANTE QUE GEROU SUSPEITA NOS AGENTES – DROGA ENCONTRADA SEM NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO INVASIVO OU REVISTA ÍNTIMA – ENTORPECENTES RETIRADOS DE CAVIDADE CORPORAL PELA PRÓPRIA ACUSADA APÓS SOLICITAÇÃO DOS AGENTES – MERO CONTROLE DE ROTINA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO – POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO – ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – TRAFICÂNCIA ATESTADA PELOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS – AGENTE COAUTOR DO CRIME DE TRÁFICO QUE DEVE RESPONDER PELO REFERIDO DELITO NA MEDIDA DA SUA CULPABILIDADE – TEORIA MONISTA – QUANTIDADE DA DROGA INCOMPATÍVEL COM A CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA DE MULTA – DESCABIMENTO – PENA FIXADA COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO LEGALMENTE PREVISTO – SITUAÇÃO ECONÔMICA DO APELANTE DEVIDAMENTE VALORADA – DETRAÇÃO – RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO – EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR QUE NÃO ENSEJA MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES – PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA – SUSTENTADA A AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR – POSTULADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA DE ACORDO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO – GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE – REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS EM SEDE DE SENTENÇA

CONDENATÓRIA – POSSIBILIDADE – CUMPRIMENTO DA PENA APÓS CONDENÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO – NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INAPLICABILIDADE – MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRISÃO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – RECURSO DESPROVIDO.

É incabível considerar ilícita a prova obtida por meio de revista pessoal em visitante de estabelecimento prisional quando inexistente qualquer procedimento invasivo ou vexatório e a droga for apresentada pela própria acusada após solicitação dos agentes que realizavam a segurança do estabelecimento prisional.

É possível a realização de revista pessoal em estabelecimentos prisionais diante da necessidade de controlar a entrada de produtos proibidos, em especial drogas e armas, desde que exista fundada suspeita de posse de objetos não declarados e que sejam adotadas cautelas para impedir situações vexatórias e abusivas.

(...)

Uma vez comprovado de forma insofismável que a substância entorpecente apreendida foi repassada por um terceiro não identificado, transportada pela primeira acusada e se destinava ao recorrente que estava custodiado, fica caracterizado o tráfico de drogas, revelando-se inviável a desclassificação da conduta imputada para aquela descrita no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006.

(...)

A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, vedando a chamada execução provisória da pena, por se referir à prisão para cumprimento da reprimenda confirmada por órgão colegiado, não tem relação com os casos nos quais se discute a manutenção da constrição preventiva, fundada na garantia da ordem pública e na periculosidade do paciente.

(TJ-MT - APR: 00182574220158110042 MT, Relator: PEDRO SAKAMOTO, Data de Julgamento: 24/06/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/06/2020)

Várias questões derivadas do sistema prisional têm trazido à baila análise de princípios constitucionais e mais precisamente o da dignidade da pessoa humana, e neste sentido o direito de visita do preso assegurado pela Lei de Execuções Penais faz exsurgir a questão das revistas íntimas.

Ingo Wolfgang Sarlet, após extenso estudo, inclusive fazendo retrospecto filosófico, define a dignidade da pessoa humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

Há estudos que inclusive que a revista íntima tem colaborado no aumento de encarceramento de mulheres por tentar ingressarem com pequenas quantidade de drogas nos centros de ressocialização, por si só a forma em que muitas vezes se operam as visitas íntimas traduzem formatações que expõe inclusive a situações vexatórias.

A Constituição Federal ao assegurar a dignidade da pessoa humana dentre outros princípios e as Convenções internacionais propõem que tais revistas íntimas, caso necessárias, sejam realizadas de forma humanizada, tendo em vista que a tecnologia oportuniza detectores de metal que verifiquem metais e outros objetos ocultos em outras partes do corpo.

Ainda quanto à revista íntima, mister se indagar como se compatibilizar com direitos fundamentais, como à intimidade e à privacidade, que compõe a dignidade da pessoa humana? Há que se falar em ilicitude da prova se oriunda de critérios subjetivos?

Pois bem. O juízo de ponderação se revela essencial à solução da problemática em comento, de modo que razoável a tese aviada pelo Ministério Público no sentido de que à busca pessoal apenas fundadas suspeitas são suficientes, diferente do que ocorre com a busca domiciliar, eis que tanto numa, como noutra, os elementos autorizativos dispostos no Código de Processo Penal devem ser analisados à luz do texto constitucional.

Dentro desses preceitos se pode citar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, onde o modelo de regras e princípios guardam correlação com a hierarquia constitucional das normas.

A correlação dos princípios fundamentais e a Constituição Federal no que fundamentam as decisões possuem caráter de duplicidade protegendo e delimitando sua amplitude, como no caso em questão, sendo que a norma trazida pelo processo penal tem

correspondência aos princípios constitucionais, os quais dentro de sua amplitude também delimitam sua atuação nos casos excepcionais.

Em julgados recentes, o STJ vem ratificando o entendimento de que direitos fundamentais se sobrepõe à busca da verdade real no processo penal, de modo que a revista íntima vem sendo considerada medida vexatória se inobservar parâmetros legais e constitucionais. O tema é de tamanho relevo que o STF reconheceu repercussão geral (Tema 998/STF), estando todos os feitos, nesse talante, sobrestados, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ARE 959.620/RS. TEMA 998/STF. SOBRESTAMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos autos do ARE 959.620/RS, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão referente à adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional (Tema 998/STF).

2. Tratando-se de reconhecimento da repercussão geral, ainda não julgada no mérito, imperioso o sobrestamento dos processos que versem sobre controvérsia semelhante, à luz do artigo 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no RE no REsp 1695349/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2020, DJe 15/05/2020)

CONSTITUCIONAL. PENAL. **REVISTA ÍNTIMA** PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A adoção de práticas e regras vexatórias com a **revista íntima** para o ingresso em estabelecimento prisional é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral.

Tema

998 - Controvérsia relativa à ilicitude da prova obtida a partir de **revista íntima** de visitante em estabelecimento prisional, por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e à proteção ao direito à intimidade, à honra e à imagem.

Indexação

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. MARCO AURÉLIO: **REVISTA PESSOAL**, VISITA, PENITENCIÁRIA, ENTORPECENTE, PROVA ILÍCITA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À INTIMIDADE, SEGURANÇA, PENITENCIÁRIA.

(STF - ARE 959620 RG - Órgão julgador: **Tribunal Pleno** - Relator(a): **Min. EDSON FACHIN** - Julgamento: **01/06/2018** - Publicação: **15/06/2018**)

Considerações Finais

A inquietação social, a sensação de impunidade, a pressão constante da mídia sobre os “ombros do Poder Judiciário” como se “salvador da pátria” o fosse, acaba por impactar sobre a condução do processo penal em busca da verdade e, logo, na forma de uso dos meios de prova.

A prova, enquanto instrumento à disposição do esclarecimento do fato criminoso, detém regulamentação tanto na Constituição Federal, quanto no Código de Processo Penal, os quais são uníssomos em, expressamente, proibir o uso de provas ilícitas.

A despeito disso, o tema enseja divergência doutrinária, havendo quem defenda sua excepcionalidade incondicionada; outros a aplicação literal dos dispositivos legais e constitucionais; outros, em nome do interesse público a admissibilidade da prova ilícita; e a maioria, tão somente em favor do acusado, invocando a proporcionalidade.

Pois bem. No caso analisado no presente estudo, observa-se que, em sede de recurso especial (Resp 1.695.349- RS) interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pugnava pela condenação da acusada pelo crime de tráfico de drogas por tentar adentrar em unidade prisional com 45g de droga nas cavidades de sua genitália. Em resumo, lastreava sua irrisignação na tese de que à busca pessoal, nos termos do disposto no art.240, §2º, CPP, basta a fundada suspeita e que, havendo respaldo legal à realização da revista íntima não há que se falar em ilicitude da prova colhida.

A interpretação restritiva das normas que limitam direitos fundamentais se impõe, como no caso da busca domiciliar – que excepciona o direito à inviolabilidade do domicílio que tutela a intimidade – e a busca pessoal – restringe a intimidade, a honra e imagem, direitos integrantes da dignidade da pessoa humana. A estrita observância dos requisitos legais, numa perspectiva da força normativa e supremacia constitucional, é medida salutar, de modo a que, em nome do descortino de condutas ilícitas e sem amparo em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, não se admita medidas invasivas.

Ora, não se pode olvidar que o processo penal é o instrumento à disposição do direito material que, em observância aos direitos e garantias constitucionais, descortinar a verdade dos fatos, dando substratos a que o julgador possa decidir da forma mais justa no caso concreto, com o olhar volvido a paz social.

Destarte, não é crível que, em descompasso com o direito interno e o internacional que repreendem qualquer forma de violação a direitos humanos, fundamentais, tais como a intimidade, a honra, a imagem que compõem o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, possam ser desconsiderados em nome da busca de elementos a fazer valer o *jus puniendi* estatal e se tutelar a segurança/ controle de acesso às unidades prisionais, prevenindo-se o crime.

Lógico que não se defende a impunidade, mas que medidas invasivas, como a revista íntima vexatória, desumana, tal qual a oriunda tão somente de “*denúncia anônima*”, não podem ser admitidas e as provas a partir dela colhidas tidas por ilícitas.

Assim, tecidas tais considerações, propõe-se a este r. Grupo de Estudos da Magistratura de Mato Grosso os seguintes enunciados:

1- A ausência de “fundadas razões”, materializadas em elementos objetivos e racionais que justifiquem a realização de revista íntima, eiva a busca pessoal de ilicitude, inabilitando-a como prova à condenação;

2- A revista íntima vexatória, degradante e desumana, viola os direitos humanos/fundamentais da intimidade, honra e imagem da mulher, logo, a dignidade da pessoa humana, sendo considerada tortura e macula a licitude da prova colhida.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. **Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição**. São Paulo: RT, 2013.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: RT, 1982.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

OI, Amanda; LIMA, Raquel. **Informativo Rede Justiça Criminal**. Boletim Temático: Revista Vexatória. Julho 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2^a ed., 2^a Tir. Malheiros: São Paulo, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14ed. Saraiva. São Paulo -SP, 2011.