

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de recurso extraordinário com agravo em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul questiona decisão que inadmitiu o apelo extremo interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A ementa ficou assim resumida (eDoc 3, fls. 18-19):

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TENTATIVA DE INGRESSO NA CASA PRISIONAL COM DROGAS.

Nulidade. Interrogatório. Durante a instrução, a ré foi ouvida em momento anterior ao da oitiva das testemunhas arroladas. Houve irresignação da defesa quanto ao procedimento, conforme consignado em ata, e em nenhum momento foi oportunizada a renovação do interrogatório. Nulidade absoluta. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

Violação ao art. 212 do Código de Processo Penal. Descabimento. A mera inversão da ordem dos questionamentos, quando o membro do Ministério Público está presente, configura nulidade relativa.

Ausência de degravação de audiências. Não configura nulidade, conforme art. 405, §2º, do Código de Processo Penal e Resolução nº 105 do Conselho Nacional de Justiça. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prova da materialidade. O laudo pericial apenas identificou a presença de canabinoides, característicos da espécie vegetal *Cannabis Sativum*. Este vegetal é previsto na lista E como possível de originar substâncias psicotrópicas ou entorpecentes. Entretanto, na Lista F2 da Portaria 344/98 da ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária que delimita as substâncias de uso proscrito no Brasil não há menção à canabinoides, somente a THC (Tetraidrocanabinol) sobre o que não houve menção no exame realizado.

Crime impossível. Verificada a ineficácia absoluta do meio utilizado para consumação do fato. A existência de anterior informação anônima dando conta de que a ré tentaria entrar com drogas no estabelecimento prisional indica o dispêndio de maior atenção das autoridades policiais e dos agentes penitenciários à apelante. Do mesmo modo, para entrar no presídio, a recorrente seria, invariavelmente, submetida à minuciosa revista.

Aplicação crítica da lei, não acrítica. Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina.

Deficiência do Estado. A deficiência do Estado na sua infraestrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida. No caso dos autos, a ré esclareceu que levava a droga para o seu irmão, já que ele estava devendo dentro da casa prisional, inclusive sendo ameaçado de morte.

APELAÇÃO PROVIDA. ABSOLVIÇÃO.

A parte recorrente sustenta, em síntese, ofensa aos arts. 5º, *caput*, X; 6º, *caput*, e 144, *caput*, da Constituição da República.

Conforme aduz, a anulação das provas obtidas mediante revista íntima, por ocasião do ingresso em estabelecimento prisional, decorreu de “equivocada interpretação e aplicação dos princípios da dignidade e da intimidade, pela decisão recorrida, o que resultou em afronta direta aos princípios da segurança e da ordem pública, já que afastada a caracterização do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006”.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral (Tema n. 988) na matéria ora em debate, em acórdão assim ementado:

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.

O Ministério Público Federal emitiu parecer cuja ementa transcrevo (eDoc 180):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 998. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO

PRISIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. LICITUDE DA PROVA OBTIDA EM REVISTA ÍNTIMA.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 998 da sistemática da Repercussão Geral: “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”.

2. Carece de legitimidade jurídico-constitucional e vai de encontro ao marco internacional de proteção dos direitos humanos a realização de revistas íntimas com atos de desnudamento e inspeção de órgãos genitais, de forma generalizada e sistemática, para o ingresso de visitantes em unidades prisionais, visto que a medida causa lesão desproporcional a direitos fundamentais da pessoa humana, em especial à dignidade, à intimidade e à integridade física, psíquica e moral dos que pretendam manter contato pessoal com presos.

3. Admite-se a revista íntima, excepcionalmente, verificada fundada e objetiva suspeita, diante de fato identificado e de reconhecida procedência, de porte ilícito de objetos ou substâncias ou cuja entrada seja proibida em presídios, ou ante a existência de óbice concreto, de caráter pessoal, que impeça a adoção de meios alternativos e mecânicos de revista.

4. A revista íntima excepcional há que ser realizada seguindo parâmetros suficientes à efetiva preservação da integridade física, psicológica e moral do revistado.

5. É admissível a inspeção de órgãos genitais apenas quando absolutamente imprescindível para alcançar objetivo legítimo em caso específico, concretamente e previamente fundamentada.

6. É insuficiente para tornar ilícita a prova o fato de ter sido produzida em revista íntima, tendo em conta as hipóteses em que esta pode ser legitimamente realizada, pelo que a observância dos parâmetros de adequação há de ser analisada de acordo com as especificidades de cada caso concreto.

7. Propostas de Teses de Repercussão Geral:

I) É inconstitucional a revista íntima como protocolo geral de ingresso nos presídios.

II) É constitucional a possibilidade de realização de revista íntima em caráter excepcional quando (i) o estado de saúde ou a integridade física impeça que a pessoa a ser revistada seja submetida a determinados equipamentos de revista eletrônica, ou (ii) quando, após revista eletrônica, subsista fundada e objetiva suspeita de porte de objetos ou substâncias cuja entrada em presídios seja proibida.

III) A revista íntima excepcional há de observar ao menos às seguintes condicionantes: (i) ter a concordância da pessoa a ser

revistada; (ii) ser realizada em local reservado, por agente prisional do mesmo gênero do revistado, que cuidará de preservar a integridade física, psicológica e moral do visitante; (iii) vedar-se o desnudamento total ou parcial, o uso de espelhos, esforços físicos repetitivos e a introdução de quaisquer objetos nas cavidades corporais do revistado; (iv) facultar-se o acompanhamento do ato por pessoa de confiança do revistado.

IV) É admitida a inspeção de órgãos genitais apenas quando absolutamente necessária e imprescindível para alcançar objetivo legítimo em caso específico, concretamente e previamente fundamentada.

V) É insuficiente para tornar ilícita a prova o fato de ter sido produzida em revista íntima, nada obstante os termos em que realizada possam influenciar no juízo sobre a licitude da prova. - Parecer (i) pelo não conhecimento do recurso extraordinário; (ii) pela fixação das teses sugeridas; (iii) pela modulação dos efeitos das teses a serem fixadas, concedendo-se aos Estados o prazo máximo de um ano para que adotem as medidas necessárias para a adequação de seus protocolos de ingresso em presídios, considerando-se como protocolo geral o controle mecânico/tecnológico.

O Relator, ministro Edson Fachin, propôs a seguinte tese:

É inadmissível a prática vexatória da revista íntima em visitas sociais nos estabelecimentos de segregação compulsória, vedados sob qualquer forma ou modo o desnudamento de visitantes e a abominável inspeção de suas cavidades corporais, e a prova a partir dela obtida é ilícita, não cabendo como escusa a ausência de equipamentos eletrônicos e radioscópicos.

Os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator.

Ao inaugurar a divergência, o ministro Alexandre de Moraes propôs a seguinte tese:

A revista íntima para ingresso em estabelecimentos prisionais será excepcional, devidamente motivada para cada caso específico e dependerá da concordância do visitante, somente podendo ser realizada de acordo com protocolos preestabelecidos e por pessoas do mesmo gênero, obrigatoriamente médicos na hipótese de exames invasivos. O excesso ou abuso da realização da revista íntima acarretarão responsabilidade do agente público ou médico e ilicitude

de eventual prova obtida. Caso não haja concordância do visitante, a autoridade administrativa poderá impedir a realização da visita.

O ministro Dias Toffoli apresentou voto-vista, acompanhando a divergência.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

Observo haver uma preocupação comum, entre aqueles que me antecederam, quanto aos excessos e abusos cometidos quando realizada revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional.

Também entendo ser evidente que essa prática, inevitavelmente vexatória e constrangedora, vai de encontro aos princípios constitucionais da dignidade, da intimidade, da honra e da imagem da pessoa humana.

A Consolidação das Leis do Trabalho, desde a edição da Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999 (art. 313-A, VI), proíbe que seja realizada revista íntima “nas empregadas ou funcionárias”.

A prática da revista íntima em “funcionárias e clientes do sexo feminino” também é vedada no âmbito das “empresas privadas, órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta”, conforme prevê a Lei n. 13.271, de 15 de abril de 2016.

O Presidente da República vetou o art. 3º da Lei n. 13.271/2016, que tratava da “revista íntima em ambientes prisionais”, sob o argumento de que a “redação do dispositivo possibilitaria interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos estabelecimentos prisionais”.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que atua no âmbito do Ministério da Justiça, editou a Resolução n. 5/2014, a qual propõe a vedação à prática da revista íntima por ocasião do ingresso nos estabelecimentos penais. O art. 2º assim dispõe:

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.

A Lei de Execução Penal garante à pessoa presa o direito à visita do cônjuge ou companheiro e de familiares e amigos. É certo que a plenitude do direito à visita fica dificultada se o visitante for submetido, injustificada e descrriteriosamente, a revista íntima vexatória.

Por outro lado, a segurança prisional exige a tomada de medidas de segurança e a realização de controles de acesso, especialmente com o objetivo de impedir a entrada, na unidade prisional, de aparelhos celulares, drogas, armas e outros objetos proibidos.

Esse é o contexto em que cabe verificar se a segurança prisional, um interesse coletivo legítimo, justifica a submissão, à revista íntima, das pessoas que, como visitantes, pretendem ingressar no estabelecimento penal, uma evidente restrição a seus direitos individuais à dignidade, intimidade, imagem e honra pessoais.

Para a melhor aplicação dos princípios constitucionais relacionados ao tema, observo que, ao se utilizar a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade para resolver a questão da colisão entre direitos fundamentais que se configuram como princípios, deverá ser analisado cada caso concreto – conforme pontua Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais – optando-se, ao final, por aquele que, nas circunstâncias fáticas, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.

No ponto, destaco que esta Corte reconhece a técnica da ponderação como método geral de solução de conflito entre princípios protegidos pela Carta da República. Confira-se:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um

conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.”

(IF 2.257, ministro Gilmar Mendes)

Assim, é imprescindível haver um contrabalanceamento entre os direitos fundamentais em tela, para se aferir, no caso concreto, qual terá maior peso e, portanto, anteposição em relação ao outro. A ponderação será feita com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é composto por três fases: a) adequação; b) necessidade, e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira diz respeito aos meios utilizados para que se chegue ao resultado pretendido; já a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à análise, sob o prisma das possibilidades jurídicas, do sopesamento entre direitos fundamentais ao se propor uma solução razoável para o conflito entre eles.

No caso, considera-se o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais assegurados àqueles que ingressam nos presídios como visitantes, e também o direito à segurança pessoal de todos os que estão recolhidos nas unidades prisionais ou que nelas precisam adentrar (advogados, servidores públicos, familiares dos detentos etc.); em sentido mais amplo, o próprio direito social à segurança pública.

A revista íntima é espécie do gênero busca pessoal, prevista e regulamentada pelos arts. 240-250 do Código de Processo Penal, que exige, para ser autorizada, a existência de fundadas razões, especialmente a fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou quaisquer dos objetos mencionados nas alíneas “b” a “f” e “h” do § 1º do art. 240 do mencionado Diploma Legal, que possuem a seguinte dicção:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

[...]

- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) 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;
- [...]
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Se a busca pessoal exige a existência de fundadas razões que a autorizem, o mesmo requisito deve ser imposto à eventual realização de revista íntima.

Dessa forma, a prática de revista íntima sem critérios ou como regra geral a todos os visitantes de um estabelecimento prisional padece de evidente excesso da administração penitenciária.

A Resolução n. 5/2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sugere que a revista de pessoas que pretendam visitar estabelecimentos prisionais sejam feitas, com o devido respeito à integridade física, psicológica e moral da pessoa revistada. É o que se depreende do art. 1º:

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.

É notório que uma das formas de ingresso de aparelhos celulares, drogas, armas e outros objetos proibidos em estabelecimentos penais se dá por intermédio das visitas sociais, o que justifica a revista pessoal como medida de controle e segurança.

O próprio caso concreto deste recurso extraordinário com agravo é exemplo de um visitante flagrado com substância entorpecente transportada no interior de cavidade corporal, em pretendido ingresso em unidade prisional durante momento de visita.

Havendo direitos fundamentais em conflito, de um lado o direito coletivo à segurança prisional e de outro os direitos individuais à dignidade, intimidade, imagem e honra pessoais, não há falar em direito absoluto a fundamentar a vedação total à revista íntima por ocasião de visita social em estabelecimento penal.

Faz-se necessário que esta Corte afirme, uma vez mais, que nenhum direito é absoluto, mas o zelo dos valores insculpidos na Constituição de 1988 e a busca incessante pela preservação do Estado Democrático de Direito passam por nossa missão institucional.

Afastada, desse modo, a impossibilidade absoluta da revista íntima, penso que estão de acordo com o princípio da proporcionalidade a sua permissão excepcional, desde que respeitados os parâmetros fixados pela tese sugerida pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a revista íntima para ingresso em estabelecimentos prisionais será excepcional, devidamente motivada e dependerá da concordância do visitante, somente podendo ser realizada de acordo com protocolos preestabelecidos e por pessoas do mesmo gênero, obrigatoriamente médicos na hipótese de exames invasivos.

Esse o quadro, peço vênua ao eminente Relator, ministro Edson Fachin, para acompanhar, na íntegra, o voto divergente do ministro Alexandre de Moraes e aderir à tese por ele proposta.

É como voto.