

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Conforme relatado, cuida-se de Agravo em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, de relatoria do **Ministro Edson Fachin**, em que se discute **a ilicitude da prova obtida a partir de revista íntima para ingresso de visitantes em estabelecimento prisional**, seja por ofensa ao princípio a dignidade da pessoa humana, seja pela proteção ao direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas.

O julgamento foi iniciado em 28 de outubro de 2020. Na ocasião, o Relator votou por negar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese para o tema 998 da repercussão geral:

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.

Em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes inaugurou a divergência para negar provimento ao recurso, embora por fundamentos diversos, fixando a tese de repercussão geral nos seguintes termos:

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.

Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o Relator.

O julgamento foi suspenso em razão do meu pedido de vista para melhor refletir sobre o tema em discussão.

Peço ao eminente Relator, Ministro Edson Fachin, e aos Excelentíssimos Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, as devidas vênias para **acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes**.

Antes de iniciar a exposição dos fundamentos que respaldam meu posicionamento, registro meu sincero respeito aos substanciosos argumentos levantados pelo Relator e pelos Ministros que o acompanharam.

Gostaria de sublinhar, ainda, que compartilho das mesmas preocupações já externadas pelos pares. A revista íntima implica restrição considerável às esferas da privacidade e da intimidade das pessoas que a ela são submetidas e, por isso, a sua prática deve ficar reservada às situações em que a medida se revele realmente imprescindível.

Ademais, não há como negar que excessos e abusos são reiteradamente praticados no contexto da revista íntima, ou a pretexto de realizá-la, vitimando familiares e amigos de presos – notadamente as mulheres que são mães, filhas, irmãs, esposas e companheiras de presos, mormente as de classes sociais mais baixas.

A crítica comum de que tal tratamento é manifestamente preconceituoso, por partir da suposição de que essas pessoas são potencialmente suspeitas da prática de crimes pelo simples fato de estarem ali e dispostas a visitar familiares e amigos presos, tem toda pertinência. É uma crítica justa.

Diria, contudo, que essa é apenas a ponta do *iceberg*.

A análise detida dos dados estatísticos revela que a composição da população carcerária reflete diretamente as mazelas brasileiras e, por conseguinte, como bem pontuado pelo Ministro Alexandre de Moraes, isso nos leva a pelo menos duas constatações inevitáveis: a população carcerária ainda é majoritariamente masculina e incumbe às mulheres da família a manutenção dos laços sociais e afetivos com os presos.

As visitas são predominantemente femininas. É natural, assim, infelizmente, que sejam as mulheres as principais vítimas dos abusos e excessos perpetrados.

Nesse sentido, colaciono o seguinte relato:

(...) a famigerada revista íntima (vexatória), a princípio, seria tão somente em situações excepcionais.

Contudo, na prática, a condição de excepcionalidade acaba sendo utilizada tão somente para os homens visitantes, de sorte que, para as mulheres (e, às vezes, até para as crianças), regularmente, a revista íntima é realizada em todas as situações, independentemente de suspeita ou não. Assim destaca Thais Duarte:

Essa revista é mais rigorosa nos visitantes de sexo feminino. Os homens apenas tiram as roupas em frente aos agentes penitenciários e as vestem novamente. Em algumas unidades prisionais, os homens somente passam por revistas manuais, não precisando ficar nus. (DUARTE, 2018)

Assim, o procedimento da revista íntima ocorre mais ou menos da seguinte forma: o familiar ou amigo que visitará o preso, independentemente da idade e da saúde, fica nu diante dos agentes (sempre do mesmo sexo), agacha-se de cócoras – posição para defecar –, simula uma tosse e toca em suas partes íntimas diante de um espelho que fica entre seus pés, de modo que, caso haja algum objeto, certamente cairá.

Normalmente o procedimento é realizado aproximadamente por três vezes consecutivas, havendo, ainda, casos em que o próprio agente penitenciário chega a tocar nas partes íntimas do revistado. (PARREIRAS, Núbio Mendes, **A criminalização androcentrista da revista íntima das mulheres em presídios: a punição latente**, *in* Delictae, vol. 5, n. 8, jan.-jun. 2020, pág. 326)

Em mais:

O quadro geral daqueles que estão presos no Sistema Prisional brasileiro e daqueles que mantêm o vínculo com o familiar é composto por pessoas negras e pobres, com nível de escolaridade baixo, constantemente caladas pela sociedade e que não possuem seus direitos garantidos pelo Estado. As violações sofridas pelas mulheres e identificadas durante a construção desse trabalho são inúmeras, como a estigmatização por parte da sociedade, a desvalorização das suas identidades, as violações aos direitos humanos durante a revista íntima e o desrespeito à dignidade.

Os preconceitos que a sociedade constrói em torno da

mulher que vai aos presídios somados às humilhações que ocorrem dentro e fora dessas instituições geram consequências violentas às suas subjetividades. Nesse processo, elas passam a acumular diversos papéis atrelados à condição de mulher, como, por exemplo, a obrigação de exercer o cuidado e de não abandono da sua família. Em contrapartida, são rechaçadas se mantém o vínculo com o familiar em situação de cárcere. Dessa forma, quando optam por não abandonar seus maridos, filhos e irmãos, a marginalização estende-se a elas, que também passam a ser vistas como perigosas, desonestas e não dignas de direitos.

Por trás dos estigmas “mulher de bandido” e “mãe de bandido” que lhes é imposto, existem histórias únicas, marcadas pela luta por direitos, por estratégias de resistência e pelo amor ao seu familiar. São mulheres que enfrentam com coragem e força o peso dessa condição social, capazes de resistir a um sistema violento e opressor. Dessa forma, a busca por uma transformação efetiva no campo da política criminal e da gestão da segurança pública brasileira provam-se pautas fundamentais e urgentes. A luta pela garantia de direitos humanos no âmbito prisional deve ser prioridade no meio jurídico e também acadêmico. (D’ANDREA, Isadora Grego; SILVA JÚNIOR, Nelson Gomes de Sant’Ana; e TANNUSS, Rebecka Wanderley. **Dupla condenação: famílias, cárcere e violações aos direitos humanos**, *in* Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.6 n. 12, dec. 2020, pág. 95696/95711)

O tema aqui debatido é recorrente nos Tribunais Superiores.

Numa breve pesquisa, verifiquei que a ilegalidade da prova obtida por meio de revista íntima para ingresso em estabelecimento penitenciário era o tema de fundo dos seguintes casos que tramitaram sob minha Relatoria: HC 140419, HC 126856, HC 129302, HC 126856, RE 456654, ARE 1060479, ARE 1000692 e RE 1665386. Isso para citar apenas alguns deles, a título ilustrativo, preferencialmente os mais recentes.

Se considerado o acervo total deste Supremo Tribunal, sob relatoria também dos demais Ministros, podem-se identificar incontáveis casos. Todavia, em grande parte deles não houve enfrentamento da matéria por ausência dos pressupostos processuais necessários.

Ao apreciar o Agravo Regimental na SL 1153, esta Corte manteve decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que proibiu revistas íntimas nas unidades prisionais daquele Estado ao fundamento de que “a prática de revista íntima em presídios com realização de técnicas

vexatórias viola o princípio da dignidade da pessoa humana” (SL 1153 AgR, de minha relatoria, Tribunal Pleno, publicado no DJe de 16/5/19). No caso, a decisão recorrida havia sido proferida pela Ministra Cármen Lúcia, então Presidente da Corte, que registrara ser dever do Estado “implementar as medidas necessárias para que as revistas íntimas em presídios deixem de ser realizadas de forma vexatória e degradante aos visitantes” (SL 1153, Ministra Cármen Lúcia, publicada no DJe em 10/5/20).

Mais recentemente, no julgamento do Agravo Regimental no HC 186373, também de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, esta Corte teve nova oportunidade de se pronunciar sucintamente sobre a matéria. Na ocasião, o Gilmar Mendes salientou que

a prática da revista íntima em visitantes de estabelecimentos prisionais viola a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade, de modo que deve ser substituída pelo uso de equipamentos de inspeção corporal (Scanner corporal), o que deve ser financiado pelo poder público em prazo razoável (HC 186373 AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, publicado em 18/8/20).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência consolidou o entendimento de que

havendo fundada suspeita de que o visitante do presídio esteja portando drogas, armas, telefones ou outros objetos proibidos, é possível a revista íntima que, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos ditames legais, sem qualquer procedimento invasivo (HC 460.234/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, publicado no DJe de 20/9/18).

No mesmo sentido, cito: HC 328.843/SP, Relator o Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, publicado no DJe 09/11/15; HC 532.434/SP, Relator o Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, publicado no DJe de 22/11/19; REsp 1.523.735/RS, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, publicado no DJe de 26/2/18; e REsp n. 1.681.778, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, publicado no DJe de 12/8/19, este último ementado nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO PROVIDO.

1. Conquanto seja possível inferir que a revista pessoal tenha por objetivo evitar a entrada de armas, explosivos, drogas, aparelhos celulares e outros similares em estabelecimentos prisionais, sua existência apenas minimiza o ingresso desses itens no presídio.

2. Depois de ser acionado o detector de metais, a própria acusada, após a constatação de que havia evidências da ocultação de objeto, retirou o entorpecente do seu corpo (45g de maconha, acondicionados no interior de sua vagina), o que seria entregue a seu companheiro, preso no local.

3. Não há nenhuma notícia de que a acusada haja sido eventualmente forçada pelas agentes penitenciárias a submeter-se ao procedimento para remoção da substância entorpecente do seu corpo, tampouco de que o ato haja sido realizado de forma vexatória, humilhante ou constrangedora.

4. As pessoas que se dirigem ao presídio sabem, previamente, que podem ser submetidas à revista pessoal e minuciosa. Trata-se tal procedimento (quando realizado com estrita observância a procedimento legal e com respeito aos princípios e às garantias constitucionais), de legítimo exercício do poder de polícia do Estado, de cunho preventivo, o qual objetiva garantir a segurança social e os interesses públicos.

5. Ante fundadas suspeitas de que 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, notadamente se for feita dentro dos parâmetros legais e constitucionais, sem nenhum procedimento invasivo, tal como ocorreu nos autos. Precedentes.

6. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator.

Há duas correntes principais sobre a matéria. Uma delas entende não ser possível a revista íntima em presídios, por ser inegavelmente vexatória e degradante e, por isso, atentar contra a dignidade da pessoa humana. A outra corrente admite a revista íntima a partir da ponderação dos interesses em conflito, dada a necessidade de manter a segurança prisional e, em última análise, a segurança pública, desde que sejam observados, obviamente, certos parâmetros razoáveis, a exemplo da

realização por agente do mesmo sexo do revistado e da existência de fundadas suspeitas de que o revistado esteja de posse de objetos ou substâncias proibidas.

Não obstante a controvérsia, prepondera um relativo consenso no sentido de que a prática generalizada e indiscriminada da revista íntima nos visitantes de presos, como condição de ingresso no estabelecimento penal, não se coaduna com os princípios e valores consagrados pelo texto constitucional.

Os relatos apontam a realização de basicamente três tipos de revistas para ingresso de visitantes no âmbito do sistema prisional: **(i)** a revista com contato físico sobre o corpo vestido (*pat-down search* ou *frisk search*); **(ii)** a revista por exame visual com remoção parcial ou total de roupas (*strip search*) e, por fim, **(iii)** a revista por exame físico de orifícios e cavidades corporais, como vagina e ânus, mediante emprego de práticas como agachamentos, pulos, uso de espelhos e manipulação das partes íntimas¹. É a estas duas últimas modalidades que se denomina revista íntima, ou revista invasiva (*invasive search*). Por vezes, atribui-se a elas, outrossim, a designação de “revista vexatória, degradante e humilhante”.

Parto da premissa de que **revista íntima não se confunde com revista vexatória, degradante ou humilhante**. Não vislumbro sinonímia entre as expressões. Como bem salientou o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, a revista íntima não é, por sua própria natureza, necessária e automaticamente, “vexatória, degradante e humilhante”.

A meu ver, o caráter vexatório, degradante e/ou humilhante dependente da motivação da revista íntima (ou melhor, da sua absoluta ausência, ou da ilegitimidade dela) e das circunstâncias em que se tenha verificado, as quais somente podem ser valoradas após o fato, nunca previamente a ele ou em tese.

Isso não significa, contudo, que razões de segurança penitenciária – e, por conseguinte, a indispensabilidade de um controle rigoroso de visitantes a fim de evitar entrada de objetos e substâncias proscritas – justifiquem a utilização da revista íntima como procedimento de praxe e condição irretorquível para o ingresso em estabelecimento penitenciário. É sob esse prisma, considerando que a prática ainda é assim comumente adotada por alguns Estados da Federação, que adquire especial

1 ALVES, Henrique Napoleão. Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos humanos. Disponível em <http://portalperiodocos.unoesc.edu.br/espacojuridico>. Acesso em 24/05/2021, às 19h54min.

relevância a tese proposta pelo Relator, Ministro Edson Fachin. **Acrescento, porém, que a tese merece temperamento.**

No meu entender, a revista íntima é espécie do gênero busca pessoal de natureza processual penal, prevista no art. 240 do CPP, e, assim, independe de mandado quando realizada nas hipóteses do art. 244 do CPP, ou seja, **(i)** por ocasião da prisão; **(ii)** quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos, ou papéis que constituam corpos de delito; e, ainda, **(iii)** quando for determinada no curso de uma busca domiciliar.

Conforme lição de Gustavo Henrique Badaró, “a busca pessoal importa restrição à garantia constitucional da intimidade”, eis que “incide sobre a pessoa humana, abrangendo seu corpo, suas vestes (que é um provável meio de ocultação de coisa) e outros objetos ou coisas que estejam em contato com o corpo da vítima ou que por ela sejam transportados (bolsas, mochilas, malas etc)” (**Processo Penal**, 8ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pág. 587).

E prossegue o autor:

(...) ao se realizar dar a busca e realizar a revista na pessoa, é possível proceder a inspeções oculares, bem como ao emprego de meios mecânicos, com exames radioscópicos, para a procura da coisa objeto da medida. Com certa frequência há casos em que pessoas ingerem drogas acondicionadas em embalagens especiais, ou então ocultam objetos nos cabelos, na boca e até mesmo no reto ou na vagina. Obviamente, nesse caso, a busca invasiva deverá ser realizada somente em caso de extrema necessidade, quando não puder se dar por outro meio menos gravoso, que a decência e a suscetibilidade legítima impõem. (**Processo Penal**, 8ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pág. 589).

Em se tratando de busca pessoal de natureza processual penal, a realização de revista íntima requer “fundadas suspeitas” de que a pessoa esteja na posse de objetos ou substâncias cujo ingresso no sistema penitenciário sejam proibidos, ou que constituam objeto de corpo de delito, amparadas por elementos objetivos, que extrapolem a mera intuição ou subjetividade do agente penitenciário.

Este Supremo Tribunal Federal já decidiu que a fundada suspeita mencionada no art. 244 do CPP

(...) **não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa.** Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não pode se ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder” (HC 81305, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, publicado em 22/02/2002) – Grifei.

No mesmo sentido, destaco também:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE GÁS DE COZINHA. BUSCA PESSOAL. APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM AUTOMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Apreensões de documentos realizadas em automóvel, por constituir típica busca pessoal, prescinde de autorização judicial, **quando presente fundada suspeita de que nele estão ocultados elementos de prova ou qualquer elemento de convicção à elucidação dos fatos investigados**, a teor do § 2º do art. 240 do Código de Processo Penal. 2. **No dia em que realizadas as diligências de busca domiciliar na residência do recorrente eram obtidas informações, via interceptação telefônica (não contestadas), de que provas relevantes à elucidação dos fatos eram ocultadas no interior de seu veículo e que poderiam, conforme ele próprio afirmou, culminar na sua prisão.** Diante dessa fundada suspeita, procedeu-se a busca pessoal no veículo do recorrente, estacionado, no exato momento da apreensão dos documentos, em logradouro público. Conforme atestado pelas instâncias ordinárias, o recorrente estava presente na ocasião da vistoria do veículo. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 117767, Relator o Ministro Teoria Zavascki, Segunda Turma, publicado em 02/08/2017) – Original sem grifos.

Consequentemente, tenho que **a revista íntima está reservada para situações excepcionais.** É a exceção, não a regra. E mesmo diante das

situações excepcionais, deve mostrar-se pelas circunstâncias objetivas, devidamente demonstradas, ser a única exigível para elucidar as fundadas suspeitas que não poderiam ser rechaçadas por outras vias. Ou seja, além de excepcional, **a revista íntima também é subsidiária e deve ser motivada em cada caso específico**. Só sob essa perspectiva é que, a meu ver, a revista íntima se mostra compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, as tecnologias atualmente disponíveis (a exemplo de *scanners* corporais, aparelhos de “raios X”, equipamentos detectores de metais e outros similares) **podem e devem** ser utilizadas nos procedimentos de segurança penitenciária. Também são possíveis, como esclareceu o Ministro Edson Fachin, “a respeitosa inspeção dos pertences e/ou adequado tateamento corporal, este último feito restritivamente na superfície do corpo”. **São essas, então, as diligências de rotina que devem ser observadas de forma criteriosa, aplicando-se à generalidade dos visitantes.**

Tem-se nessas hipóteses o que Renato Brasileiro de Lima chama de “busca pessoal por razões de segurança”, que seria aquela “realizada em festas, boates, aeroportos, rodoviárias, etc (...), devendo ser executada de maneira razoável e sem expor as pessoas a constrangimento ou à humilhação” (**Manual de Processo Penal**, 7ª Edição revista, atualizada e ampliada, Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, pág. 758).

Vale observar, ainda, que a Lei n 10.792/2003, ao alterar a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal, dispôs que

os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos os que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública (art. 3º).

É certo que o ingresso de visitantes no sistema penitenciário, por razões de segurança, não prescinde do necessário e rigoroso controle. Todavia, **esse argumento não legitima, por si só, o uso geral e indiscriminado de revistas íntimas**, como ainda hoje se observa em alguns Estados.

Nessa esteira, vejo com bons olhos as legislações estaduais que reprimiram a prática generalizada da revista íntima, a exemplo da Lei nº 7.010/2006 do Rio de Janeiro, da Lei nº 15.552/2016 de São Paulo, dentre outras, como também reputo salutar edição de atos normativos

infralegais com a mesma finalidade.

No âmbito do Poder Executivo Federal, merece destaque a Resolução n. 09, de 2006, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que estabeleceu, como diretriz, em seu art. 2º, a excepcionalidade da revista manual. Confira:

Art. 2º A revista manual só se efetuará em caráter excepcional, ou seja, quando houver fundada suspeita de que o revistado é portador de objeto ou substâncias proibidas legalmente e/ou que venha a pôr em risco a segurança do estabelecimento.

Parágrafo único. A fundada suspeita deverá ter caráter objetivo, diante de fato identificado e de reconhecida procedência, registrado pela administração, em livro próprio e assinado pelo revistado.

Posteriormente, o mesmo Conselho editou o Regulamento n. 05, de 28 de agosto de 2014, vedando a prática de “desnudamento parcial ou total”; “qualquer conduta que implique introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revistada”; “uso de cães e animais farejadores, ainda que treinados para esse fim”, e “agachamento ou saltos” no contexto da busca para fins de segurança.

Observo, ainda, que a matéria chegou a ser tratada, sucintamente, no art. 3º da Lei nº 13.721², que acabou vetado pelo Presidente da República ao argumento de que “possibilitaria interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos estabelecimentos prisionais”. Mantido o veto pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta de 24/5/2016, a questão segue sem disciplina expressa na legislação federal.

Mesmo assim, tenho que a revista íntima encontra respaldo no art. 240 do CPP, **desde que observada a forma aqui preconizada, ou seja, que a sua realização excepcional, subsidiária e com motivação específica.**

Ademais, como bem destacou o Ministro Alexandre de Moraes, o procedimento de revista íntima não encontra óbice absoluto nos precedentes das cortes internacionais de direitos humanos.

O Tribunal Europeu de Direito Humanos, por exemplo, ao apreciar o caso *Wainwright e filho v. Reino Unido (Application 12350/04)*, julgado em

2 Art. 3º. Nos casos previstos lei, para revistas em ambientes prisionais e sob investigação policial, a revista será unicamente realizada por funcionários servidores femininos.

26/12/2006, considerou a revista íntima de visitantes da prisão medida preventiva legítima, mas salientou que

a aplicação desse procedimento altamente invasivo e altamente degradante para pessoa que não foram condenadas, estão presas ou sob suspeita razoável de ter cometido uma infração penal deve ser conduzido com rigorosa adesão aos procedimentos e todo o devido respeito à sua dignidade humana (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, vol. 7, dezembro de 2019, pág. 19/20).

Tratava-se de fato ocorrido em 1997. Naquela ocasião, a Sra. Wainwright e seu filho, que tem paralisia cerebral e grave deficiência do desenvolvimento social e intelectual, foram abordados enquanto estavam na fila para visitar o outro filho que estava na prisão e levados a um pátio, onde a Sra. Wainwright fora informada de que eram suspeitos de estar na posse de drogas, pois o preso a ser visitado, segundo informado por funcionário da prisão, era responsável pelo fornecimento de drogas dentro da penitenciária. A Sra. Wainwright foi conduzida então a uma sala, onde sofreu revista íntima sem que as persianas fossem fechadas. Instada a retirar as roupas, uma terceira oficial entrou na sala procurando por formulário de consentimento a ser assinado pelo filho. Somente após se vestir, o policial pediu que assinasse o formulário de consentimento para que fosse intimamente revistada, em anexo ao qual seguia resumo informativo do procedimento a ser observado para tanto.

Em diversos outros casos, o Tribunal Europeu reconheceu que as revistas íntimas dos presos podem ser necessárias para garantir a segurança da prisão e dos próprios detentos, para manter a ordem ou para impedir infrações penais, não violando o art. 3º da Convenção Europeia de Direito Humanos a execução dessas revistas no contexto de entrada e saída do estabelecimento prisional, desde que atendido o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, destaco o caso *Affaire S. J. v. Luxemburgo* (*Application* 47229/12), julgado em 27/11/2012.

Aquela Corte também admitiu revistas íntimas quando sua necessidade é devidamente justificada pelas circunstâncias, ou baseadas no histórico de comportamento indisciplinado e violento do preso (caso *Julin v. Estônia*, julgado em 29/05/012. *Applications* 16563/08, 40841/08, 8192/10 e 18656/10), reputando-as ilegítimas na hipótese em que o comportamento do preso nunca ultrapassou o abuso verbal (caso *Milka v.*

Polônia, julgado 15/09/2015. *Application* 14322/12); quando rotineiras, intrusivas e excepcionalmente constrangedoras, bem como fundadas exclusivamente pela condenação perpétua por crime violento (caso *Savics v. Letônia*, julgamento em 27/02/013. *Application* 17892/03); quando são frequentes, gravadas e praticadas por agentes encapuzados, sem qualquer necessidade premente de segurança (caso *El Shennawy v. França*, julgado em 20/01/2011. *Application* 51246/08); quando tiverem propósito meramente intimidador, sem atendimento de necessidade de segurança (caso *Ciupercescu v. Romênia*, julgado em 15/06/0010. *Application* 35555/03); quando o procedimento não for justificado ou for conduzido de modo inapropriado (caso *Wiktorko v. Polônia*, julgado em 30/09/2009. *Application* 14612/02).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, enfrentou a matéria ao apreciar o *Caso do Centro Penal Miguel Castro-Castro vs. Peru*, julgado em 25/11/2006 (Denúncias 11.015/92 e 11.769/97). Na oportunidade, foram reconhecidos excessos na prática de revistas íntimas no contexto de operação executada entre os dias 6 a 9 de maio de 1992 com objetivo de transferir cerca de noventa mulheres detidas no Centro Miguel Castro-Castro para presídios femininos. Durante a operação, 42 internos foram mortos, 175 ficaram feridos e 322 foram submetidos a tratamento cruel, desumano e degradante. Uma das presas foi submetida a inspeção vaginal no hospital da Polícia, realizada por agentes do Estado que, a pretexto de revistá-la, penetraram-lhe a vagina com as mãos.

Decidiu aquela Corte que

os exames ou inspeções vaginais das presas no contexto de revistas realizadas por policiais do sexo masculino encapuzados, usando a força, e sem outro propósito senão a intimidação e abuso, constituíram flagrantes violações de seus direitos, caracterizando violência contra a mulher (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, vol. 7, dezembro de 2019, pág. 27).

E também considerou violência contra a mulher

os exames vaginais praticados nas visitantes femininas dos sobreviventes com total ausência de regulamentação, praticada por pessoal policial, e não de saúde, e como uma primeira medida, e não como último recurso, com objeto de manter a

segurança da prisão (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, vol. 7, dezembro de 2019, pág. 27/28).

Não obstante reconhecida a violência contra a mulher, a violação sexual e a prática de tortura, inclusive com reconhecimento da responsabilidade internacional do Peru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não se reputou proibida em absoluto a prática de revistas íntimas, mas tão somente rechaçou a sua realização de forma brutal, por agentes não identificados, e sem nenhum outro propósito que não a intimidação ou o abuso.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH tratou do tema ao apreciar o Caso 10.506, decorrente de denúncia contra o Governo da Argentina relacionada à situação em que uma senhora e sua filha de 13 anos foram submetidas a revistas vaginais, reiteradas vezes, como condição para visitarem preso na Unidade 1 do Serviço Penitenciário Federal da Argentina.

Segundo consta,

[a]s autoridades penitenciárias da Unidade 1 do SPF da Argentina adotaram a prática de efetuar revistas vaginais em todas as mulheres que desejam manter contato pessoa com os presos. Por tanto, toda vez que a Senhora X visitou seu esposo, detido na Unidade 1 do SPF, em companhia da filha do casal, de 13 anos de idade, ambas tiveram que submeter-se a esses exames (Relatório 38/96, de 15/10/1996, disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>. Acesso em 24/05/2021, às 17h44min).

Ao apreciar o caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH assim se manifestou:

A Comissão não questiona a necessidade de revistas gerais antes de se permitir o ingresso numa penitenciária. Contudo, as revistas ou inspeções vaginais são um tipo de verificação excepcional e muito intrusiva. A Comissão deseja salientar que o visitante ou membro da família que procure exercer seu direito a uma visita familiar não se deve converter automaticamente em suspeito de um ato ilícito, não se podendo considerá-lo, em princípio, como fator de grave ameaça à segurança. Embora a medida em questão possa ser

excepcionalmente adotada para garantir a segurança em certos casos específicos, não se pode sustentar que sua aplicação sistemática a todos os visitantes seja necessária para garantir a segurança pública. (Relatório 38/96, de 15/10/1996, disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>. Acesso em 24/05/2021, às 17h44min)

E em diversas passagens, referida Comissão deixa claro que a revista íntima, mesmo sendo muito invasiva, poderia ser efetivada. É o que se depreende dos excertos que passo a transcrever:

A Comissão opina que esse procedimento não deve ser aplicado, salvo se for absolutamente necessário para alcançar o objetivo de segurança num caso em particular. O requisito de necessidade significa que as revistas e inspeções dessa natureza só devem ser efetuadas em casos específicos, quando existem razões para acreditar na existência de perigo real para a segurança ou que a pessoa de que se trate possa estar transportando substâncias ilícitas.

(...)

A Comissão considera que a prática de efetuar revistas e inspeções vaginais e a conseqüente interferência no direito de visita deverá não apenas satisfazer um interesse público imperativo, como também levar em conta que 'entre diferentes opções para alcançar esse objetivo, deve ser escolhida a que menos restrinja o direito protegido.

(...)

Em certas circunstâncias, as inspeções ou revistas vaginais podem ser aceitáveis sempre que a aplicação da medida seja regida pelos princípios do devido processo e de salvaguarda dos direitos protegidos pela convenção. Não obstante, se certas condições, como a legalidade, a necessidade e a proporcionalidade não foram observadas e se o procedimento não for aplicado sem o devido respeito a certos padrões mínimos que protegem a legitimidade da ação e a integridade física das pessoas ao mesmo submetidas, não se pode considerar que exista respeito aos direitos e garantias consagrados na Convenção.

(Relatório 38/96, de 15/10/1996, disponível em

<https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>. Acesso em 24/05/2021, às 17h44min)

Na ocasião, foram estabelecidas as seguintes condições para que a revista íntima ocorra: i) aplicação coerente com a dignidade humana, com o devido processo e com os direitos previstos na Convenção; ii) regulação prévia em lei específica e taxativa, a fim de evitar a discricionariedade por parte daqueles responsáveis por sua aplicação; iii) autorização judicial, sempre que possível; iv) a revista só pode ser realizada por profissionais de saúde; v) a medida só se justifica se for absolutamente necessária como meio para alcançar concretamente a finalidade de segurança; vi) a revista deve ter caráter excepcional, o que significa que não pode ser aplicada de modo generalizado e frequente; e, por último, vii) inexistência alternativa menos invasiva.

Anote-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em diversas outras oportunidades posteriores, fez menção ao Caso n. 10.506, sempre destacando as condições ali fixadas para as revistas íntimas.

Nesse sentido, transcrevo lição de Henrique Napoleão Alves:

A decisão adotada pela Comissão no Caso 10.506 foi mencionada no Relatório sobre a condição da mulher nas Américas, de outubro de 1998. Nele, a Comissão optou por destacar três pontos principais: a necessidade de equilíbrio entre o interesse do Estado de manter a segurança dos estabelecimentos prisionais e os direitos das pessoas; as condições ou requisitos de necessidade, prévia autorização judicial e realização por profissionais da saúde para que a revista pudesse se justificar; e a conclusão pela ocorrência de diferentes violações da Convenção Americana no caso. Essa abordagem foi igualmente adotada pela Comissão no Relatório Anual da Comissão de Direitos Humanos no ano de 1997, publicado em fevereiro de 1998.

Esses mesmos parâmetros foram reiterados, ademais, no relatório da Comissão sobre a Colômbia e no relatório sobre a República Dominicana, ambos de 1999, no Relatório sobre a República Dominicana, a comissão notou que as autoridades penitenciárias tinham a prática de realizar inspeções vaginais nas mulheres que desejassem visitas com contato pessoal com pesos; reiterou as condições ou requisitos mencionados, concluindo que, 'de modo geral, a prática atual de revistas na

República Dominicana não satisfaz esses requisitos'; registrou a manifestação do estado no sentido de ter ordenado o uso de inspeções vaginais como medida de exceção a ser aplicada somente em relação a pessoas suspeitas de contrabando de drogas e a ser realizada por enfermeiras. No relatório sobre a Colômbia, a Comissão notou que diferentes centros prisionais estavam submetendo amigos e familiares dos presos a revistas invasivas somadas frequentemente a longas esperas de sete a dez horas; reiterou as condições ou requisitos mencionados e concluiu que o Estado não havia comprovado, até o momento, que cumpria com esses requisitos.

A decisão adotada pela Comissão no Caso 10.506 também foi mencionada pelo Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, de 2002. Nele, A comissão lembra a convergência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário quanto à proteção da dignidade humana e às obrigações de tratamento humano e lista diferentes normas e *standards* de proteção, dentre os quais as normas da Convenção Americana tal como interpretadas e aplicadas no referido caso 10.506. A Comissão destacou as condições ou requisitos supracitados e, como no caso concreto, o método de inspeção vaginal foi considerado 'absolutamente inadequado e irrazoável'. (**Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**, disponível em <http://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico>. Acesso em 24/05/2021, às 19h54min.)

No tocante ao direito comparado, localizei apenas um caso em que se tinha quadro fático semelhante ao ora analisado. Cuida-se de decisão da Suprema Corte do Chile, que confirmou decisão da Corte de Apelações de La Serena contra a Direção Regional de Gendarmaria que, ao apreciar denúncia feita pelo Instituto Nacional de Direito Humanos – INDH de que crianças e adolescentes seriam submetidos a revistas íntimas quando visitavam seus familiares nos estabelecimentos penitenciários, determinou o fim dessa prática. Ficou assentado que

o simples fato de os procedimentos de visitas serem definidos em normas previamente estabelecidas não exige o órgão administrativo de adequar sua conduta e regulamentação interna aos parâmetros e limites estabelecidos pelo respeito às garantias fundamentais dos visitantes dos detentos (STF,

Da análise de outros precedentes estrangeiros com objeto semelhante, cuja especificação aqui se revela desnecessária por já ter sido feita de forma exaustiva pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, constata-se uma tendência a se admitir a revista íntima de presos, inclusive inspeção de cavidades e orifícios corporais, quando justificada pelas circunstâncias ante o princípio da proporcionalidade, rechaçando a sua realização quando constitua prática rotineira e cuja necessidade não esteja circunstancialmente demonstrada.

Pois bem. Não havendo óbice absoluto à sua prática também no âmbito dos tratados e convenções de direitos humanos, à luz da jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, **entendo que, por ora, a revista íntima é uma ferramenta da qual ainda não se pode prescindir.**

Faz-se desnecessário aqui retomar todas as minúcias que afligem o nosso sistema carcerário, todas elas trazidas a lume e amplamente debatidas ao longo do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347. Naquela oportunidade, esta Corte entendeu que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” haja vista o

[p]resente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação dependente de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária (ADPF 347 MC, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, publicado no DJe de 19/02/2016).

Apesar das providências que foram e continuam sendo adotadas desde então, não se teve alteração substancial do quadro fático que ora serve de fundo também à discussão travada nestes autos.

Tanto é verdade que vez por outra somos surpreendidos pela notícia de um novo motim, de uma nova rebelião, de episódios dramáticos e de extrema violência que eclodem, pontualmente, por todo país. Ilustrativamente, recorro alguns casos mais recentes.

Em janeiro de 2017, Manaus, capital do Amazonas, vivenciou a maior crise em seu sistema penitenciário. Segundo se apurou depois, a rebelião teve início no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ e

se alastrou para outras duas unidades da cidade. Ao todo, foram 17 horas de motim, 63 mortes, 184 fugas. Relatos dão conta de episódios de extrema brutalidade:

Diversas imagens e gravações de audiovisual foram feitas pelo próprios envolvidos. Fortes cenas de decapitação, esquartejamento, mutilação de corpos humanos, retiradas de órgãos e tortura são os maiores ilustrativos da barbárie sediada, predominantemente, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

Houve relatos de reféns que narraram ter sido obrigados a ingerir olhos humanos arrancados brutalmente de alguns dos detentos assassinados. (SANTOS, Rodrigo Cavalcante dos, e ALVES, Suenny do Nascimento. **A responsabilidade civil pela chacina carcerária ocorrida no Sistema Penitenciário Amazonense e a parametrização indenizatória pelos óbitos de detentos sob custódia do Estado – uma análise da violação de direitos fundamentais no sistema carcerário.** Revista dos Tribunais online, vol. 311/2021, p. 281/298, jan./2021)

Também em janeiro de 2017, 26 presos morreram numa rebelião que durou 14 horas na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, situada em Nísia Floresta, a 25 Km de Natal. Alcaçuz é o maior presídio do Estado do Rio Grande do Norte e, à época, abrigava quase 1.150 presos, apesar de possuir capacidade para apenas 620³.

No mesmo mês, 33 pessoas morreram num motim na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista/RR. A atuação da Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária – FTIP, composta por agentes federais de execução penal e agentes penitenciários de outros estados e coordenada pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, permitiu a retomada do controle da unidade prisional, mediante segurança, assistência aos presos e reforma das dependências da unidade prisional⁴.

No dia 29 de junho de 2019, rebelião de cerca de cinco horas no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no sudoeste do Pará,

3 D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Rebeliões no sistema penitenciário: fracasso do papel do Estado?** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55231/rebelioes-no-sistema-penitenciario-fracasso-do-papel-do-estado>. Acesso em 25/5/2021, às 19h04min.

4 Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1554928651.38>. Acesso em 26/5/2021, às 16h13min.

deixou 57 detentos mortos, sendo 16 deles decapitados e os demais asfixiados. Segundo a Superintendência do Sistema Penitenciário do Pará – Susipe, a rebelião teve início com uma briga entre organizações criminosas rivais⁵.

Em agosto de 2020, a tentativa de rebelião no Centro de Recuperação Penitenciário do Pará II, no Complexo Penitenciário de Santa Izabel, a 60 Km de Belém, terminou com dois detentos mortos. Outros sete presos, além de dois agentes penitenciários, ficaram feridos⁶.

E esses são apenas alguns exemplos.

Não causa estranheza que tamanho caos não fique restrito aos muros das penitenciárias, irradiando-se também àquelas pessoas que transpõem as suas fronteiras para visita dos seus familiares e amigos, ainda que a pretexto de manter a segurança penitenciária e, por via reflexa, também a segurança pública.

Atualmente, segundo dados do SISDEPEN referentes ao primeiro semestre de 2020⁷, temos mais de 702 mil presos, dos quais mais de 344 mil estão em regime fechado; mais de 101 mil estão em regime semiberto; e 43 mil estão no regime aberto; mais de 209 mil são presos provisórios; e pouco mais de 37 mil presos são mulheres.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, há no país cerca de 2.834 estabelecimentos penais que disponibilizam 444.575 vagas⁸. O déficit de vagas no sistema penitenciário chega a 167% em Pernambuco; é de 139% em Roraima e de 97% no Distrito Federal; alcança 86% no Mato Grosso do Sul; fica entre 65% e 61% nos Estados de Espírito Santo, Rio de Janeiro, Goiás, Piauí, Mato Grosso e Acre; varia de 57% a 51%, nos Estados do Ceará, Tocantins, Sergipe, Paraíba, Pará, Amapá e Minas

5 Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml>. Acesso em 26/5/2021, às 16h31min.

6 Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2020/08/26/seis-presos-e-agente-penitenciaria-ficam-feridos-em-tentativa-de-motim-em-santa-izabel-do-para.ghtml>. Acesso em 26/5/2021, às 16h24 min.

7 SISDEPEN é a plataforma estatística do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Consulta em 20/05/2021, às 19h22min.

8 Disponível em https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 26/5/2021, às 15h15min.

Gerais; é superior a 31% em São Paulo, Alagoas, Rio Grande do Sul e no Amazonas. Em outros quatro estados (Paraná, Santa Catarina, Rondônia e Maranhão), situa-se entre 11% e 29% e apenas na Bahia e no Rio Grande do Norte o déficit de vagas é inferior a 10%.

Enquanto isso, o Relatório do Departamento Penitenciário Nacional, publicado em dezembro de 2019⁹, dá notícias de elaboração de ata de registro de preços para viabilizar a aquisição de 166 equipamentos de scanner corporal. O objetivo é facilitar a aquisição de equipamentos pelos Estados, por meio de adesão à ata. Além disso, segundo ali informado, foram adquiridos pelo próprio Depen 27 scanners, ao custo de aproximadamente R\$ 6 milhões de reais, no intuito de doar um equipamento para cada unidade federativa. Setenta por cento deles já estavam instalados à época. Da mesma forma, há ata de registro de preços para aquisição de 386 portais detectores de metais, ao custo de mais de R\$ 4,8 milhões de reais. Mais de 200 deles haviam sido instalados.

O quadro geral do sistema penitenciário brasileiro é de superlotação, infraestrutura precária, quadro de pessoal geralmente reduzido, ausência ou déficit de equipamentos de raios X, detectores de metais e scanners corporais, bem como de reiterada e sistemática inobservância de direitos fundamentais dos presos. Além disso, os sistemas de inteligência e informação penitenciária são incipientes; os agentes estão em fase de capacitação; e as instituições implementam sistemas de informação, coletam e consolidam dados. Nem todas as unidades dispõem de parlatórios, isto é, de locais específicos para visitação sem contato físico e sob monitoramento ambiental, a exemplo do que já ocorre, de forma preponderante, no âmbito do Sistema Penitenciário Federal. De um modo geral, os estabelecimentos prisionais não dispõem sequer de espaço físico apropriado para visita o.

Relativamente às visitas sociais e íntimas, há também outras dificuldades decorrentes da falta de sistematiza o da matéria:

- ausência de padroniza o quanto aos itens com os quais visitantes das pessoas privadas de liberdade podem adentrar os estabelecimentos, bem como regulamenta o acerca de vestimentas apropriadas;
- ausência de informes prévios quanto

⁹ Disponível

em:

<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/relatorio-de-acoes-do-governo/1.RelatorioanualDepenverao20.04.2020.pdf>. Acesso em 26/5/2021.

a constantes alterações na lista de itens permitidos;

- ausência de critérios quanto aos visitantes que podem ser incluídos pelas pessoas privadas de liberdade em seu rol de visitas, seja no que tange à qualificação de parentesco ou amizade, seja no tocante ao quantitativo de pessoas cadastradas e de visitas autorizadas por dia de visitação;

- periodicidade e tempo de duração das visitas; - formas de cadastramento, documentação exigida para cadastro e mecanismos de agendamento;

- regulamentação sobre visitas de gestantes, crianças e adolescentes;

- mecanismos para denúncias e queixas sobre abusos e/ou maus-tratos ocorridos na revista para acesso de visitantes (Brasil, Departamento Penitenciário Nacional. **Modelo de gestão da política prisional: Caderno I: fundamentos conceituais e principiológicos.** Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020)¹⁰.

Em face de todas essas circunstâncias, revela-se razoável a tese proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes, eis que obsta a revista íntima de visitantes de presos como prática corriqueira e generalizada ao mesmo tempo em que estabelece parâmetros que permitem aferir a legitimidade de sua execução.

Os parâmetros são: a excepcionalidade da medida; a sua subsidiariedade; a exigência de motivação específica; a necessidade de consentimento do revistado; a observância do procedimento protocolado previamente pela instituição; a realização da medida por pessoa do mesmo gênero e, em caso de exame invasivo, obrigatoriamente por médico.

A partir deles, será possível examinar, diante das peculiaridades de cada caso concreto a licitude (ou a ilicitude) da prova eventualmente obtida, reprimendo os responsáveis pelos eventuais abusos ou excessos na condução de revistas íntimas, ou a pretexto de realizá-las, nas esferas administrativa, cível e penal (se for o caso). Essa repreensão aos abusos e excessos, quando cabível, também tem, a médio e longo prazo, o efeito pedagógico de desestimular a prática indevida da revista íntima.

¹⁰ Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/CAD_1-modelo_gest%C3%A3o_politica_prisional_eletronico.pdf. Acesso em 27/5/2021, às 13h14min.

Inegavelmente, a disponibilidade de recursos tecnológicos em determinada unidade prisional, como via alternativa menos restritiva da intimidade e menos invasiva da esfera de individualidade, importará em um maior ônus argumentativo por parte dos agentes prisionais para justificar a efetivação da revista íntima, ante o princípio da proporcionalidade, considerado este em seu tríplice aspecto de adequação/idoneidade da medida (o que significa que a medida deve ser adequada/apta a alcançar a finalidade visada); de sua necessidade/exigibilidade (o que quer dizer que a medida deve ser a menos restritiva dos direitos em jogo, ou seja, a menos invasiva da esfera de intimidade, da honra e da imagem do revistado); e, por fim, de sua proporcionalidade em sentido estrito, a qual consiste na verificação de uma relação positiva de custo-benefício (porque os benefícios superam os custos), ou de harmonia na relação meio-fim (delimitando os limites dentro dos quais a atuação se revela razoável e a partir dos quais parece irrazoável), tendo em mente estabelecer se há equilíbrio u proporcionalidade entre os objetivos (ou as finalidades) que se pretende alcançar e a restrição aos direitos do revistado.

A prova obtida a partir da revista íntima só será ilícita se a própria medida se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional, bem como se realizada com excesso ou abuso. Ou seja, é a ilegitimidade de sua execução que conduzirá à ilicitude da prova porventura obtida na diligência.

Adiro, pois, à tese proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes.

No tocante à situação particular em julgamento, colhe-se do acórdão recorrido que a absolvição teve como fundamentos principais a nulidade processual decorrente da realização do interrogatório antes da oitiva das testemunhas de acusação, bem como a ausência de prova de materialidade (dada a ausência de menção do laudo pericial à substância proscrita THC – Tetraidrocanabinol) e a configuração de crime impossível por ineficácia absoluta do meio utilizado para a consumação do fato.

Observa-se que a questão da ilicitude da prova obtida na revista íntima foi arguida apenas nos recursos especiais, e não perante as instâncias inferiores.

Além disso, apesar de o voto condutor do acórdão recorrido ter feito breve referência à matéria, somente o fez de forma lateral e acessória, como mero argumento de reforço, no bojo de um raciocínio que objetivava afastar a incidência do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na hipótese

dos autos com amparo na necessidade de aplicar criticamente a lei. Confira:

O sistema prisional brasileiro atualmente se estabelece em um verdadeiro caos de organização, ou seja, padece de uma deficiência absurda. Os processos ficam recolhidos em pavilhões, ou em espaços submetidos à sua própria facção ou organização interna. O estado se ausenta. Existe, ainda, uma deficiência absurda de infra-estrutura de pessoal e de tecnologia. Tudo isso resulta na edição de uma lei e de sua aplicação, de forma genérica, que pretende dar a solução para a deficiência do Estado Brasileiro. Assim, a lei, na sua aplicação, procura justificar o fato de o Estado, por suas instituições prisionais, não ter condições de, com segurança e num sistema lógico, concluir pela absoluta impossibilidade de ser localizada substâncias entorpecentes nas casas prisionais.

O Estado Brasileiro soluciona a sua deficiência punindo.

E, ainda, como o Estado está ausente, é deficiente, os indivíduos presos que obtêm o gozo de certos benefícios ficam à mercê das facções que existem e são toleradas no interior das casas prisionais, até como auxiliares do sistema prisional. Devem, então, esses apenados que têm direito a certos benefícios, tentar reingressar com substâncias entorpecentes, sob penal de sofrerem severas represálias pelos chefes das facções.

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 (fls. 106/109).

E o Judiciário, noutras interpretações, com a máxima vênia, participa dessa simulação, aplicando o direito e prestando uma justiça que, no dizer de José Luís Barroso (sic), decorre de uma interpretação “acrítica”.

Consigno que o Des. Nereu José Giacomolli reconhece a problemática do tema e enfrenta a questão, concluindo pela absolvição em razão de considerar ilícita a prova produzida em desrespeito à garantias constitucionais da vida privada, honra e imagem das pessoas, já que a revista nas cavidades íntimas ocasiona uma ingerência de alta invasividade. Nesse sentido é o precedente n. 70051956548, julgado na sessão de 9 de maio de 2013:

TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA

INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA CAVIDADE ANAL. ABSOLVIÇÃO.

O PODER DE POLÍCIA DO Estado e a *persecutio criminis* não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização da invasividade.

APELAÇÃO PROVIDA.

Por fim, observe-se que não se trata de declarar inconstitucional parte do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Para ficar perfeitamente claro, o que se pretende dizer é que não incide, no caso dos autos, em aplicação racional e razoável, o texto legal.

Nesses termos e por essas razões, também considero atípica a conduta da recorrente. (*eDoc.* 3)

Desse modo, tenho que a análise da licitude (ou ilicitude) da prova obtida por revista íntima, no caso dos autos, pressupõe o necessário reexame fático e probatório, o que não é admissível em sede de recurso extraordinário conforme entendimento consolidado no enunciado de Súmula 279¹¹ desta Corte. Nesse sentido: RE 1093605 RG, Relator o Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, publicado em 01/06/18; RE 485248 AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, publicado em 28/02/2012; e ARE 1193714 AgR, de minha relatoria, Tribunal Pleno, publicado em 17/05/2019).

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário, acompanhando a integralidade do voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes e, pelos motivos acima expostos, adiro à tese por ele proposta.**

É como voto.

11 Súmula 279 – “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.