

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.349 - RS (2017/0230844-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : _____

RECORRIDO : _____

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

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

1. A acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma denúncia anônima feita ao presídio no dia dos fatos informando que ela tentaria entrar no presídio com drogas, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação.
2. No caso, houve apenas "denúncia anônima" acerca de eventual traficância praticada pela ré, incapaz, portanto, de configurar, por si só, fundadas suspeitas a autorizar a realização de revista íntima.
3. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância – localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) –, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo.
4. Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.
5. Recurso especial não provido.

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pela parte RECORRIDA: _____

Brasília, 08 de outubro de 2019

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.349 - RS (2017/0230844-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : _____

RECORRIDO : _____

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça daquele estado** (Apelação Criminal n. 70072217268).

Consta dos autos que os recorridos foram denunciados pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006. Em primeiro grau, o Juiz sentenciante desclassificou a conduta imputada ao acusado _____ para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, em seguida, o absolveu em relação a todos os delitos a ele imputados; ainda, absolveu a acusada _____ quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas e condenou-a (à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, mais multa) pela prática do ilícito descrito no art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformado com a sentença, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso e, de ofício, reconheceu a ilicitude da prova acerca da materialidade produzida nos autos e, conseqüentemente, absolveu os réus, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público aponta violação dos arts. 33, *caput*, 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006; 157, *caput*, 244 e 386, VII, todos do Código de Processo Penal, porquanto o fato de a acusada

Superior Tribunal de Justiça

haver sido submetida à revista íntima não conduz, necessariamente, à ilicitude da prova.

Pondera que, ao contrário da busca domiciliar – que exige a existência de fundadas razões para que a medida seja autorizada –, a busca pessoal requer apenas fundadas suspeitas, nos termos do disposto no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, circunstância que ficou devidamente caracterizada na espécie.

Diante de tais considerações, conclui: "existindo previsão legal para a adoção da revista íntima, nos exatos termos em que foi realizada, não há como se considerar ilícita a prova produzida, uma vez que a busca realizada, na hipótese, foi motivada única e exclusivamente pela denúncia anônima de que a acusada portaria drogas em suas cavidades – o que configura as fundadas suspeitas exigidas pela Lei Processual Penal para autorizarem a busca pessoal" (fl. 441).

Requer o provimento do recurso, "para que seja afastada a nulidade declarada e reformada a decisão de mérito, condenando-se os réus nos exatos termos em que denunciados" (fl. 445).

Contrarrazões às fls. 452-458 e decisão de admissibilidade às fls. 468-477.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

EMENTA

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

1. A acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma denúncia anônima feita ao presídio no dia dos fatos informando que ela tentaria entrar no presídio com drogas, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.349 - RS (2017/0230844-7)

2. No caso, houve apenas "denúncia anônima" acerca de eventual traficância praticada pela ré, incapaz, portanto, de configurar, por si só, fundadas suspeitas a autorizar a realização de revista íntima.
3. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância – localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) –, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo.
4. Em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual são ilícitas as provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a absolvição dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito.
5. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que os recorrentes foram denunciados como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006. O Juiz sentenciante desclassificou a conduta imputada ao recorrido _____ para o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e, em seguida, o absolveu em relação a todos os delitos a ele imputados; ainda, absolveu a acusada _____ quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas e desclassificou a conduta descrita no art. 33, *caput*, para o ilícito previsto no art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, aplicando-lhe, por conseguinte, uma pena de 1 ano de reclusão (substituída por restritiva de direitos), em regime inicial aberto, mais multa (fls. 328-329).

Superior Tribunal de Justiça

Inconformado com a sentença, o Ministério Público interpôs apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso e, de ofício, reconheceu a ilicitude da prova acerca da materialidade produzida nos autos e, conseqüentemente, absolveu os réus, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado (fl. 385):

APELAÇÃO-CRIME. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA RECONHECIDA DE OFÍCIO. REVISTA ÍNTIMA MOTIVADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. NULIDADE DECRETADA. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS.

1. Revista íntima realizada na ré quando esta tentava ingressar no estabelecimento carcerário para visitar seu companheiro. Inexistência de atitude suspeita para fundamentar a revista minuciosa, baseada apenas em "denúncia anônima" realizada por ligação telefônica. Apreensão de 45,2 g escondidos em um preservativo na cavidade vaginal da ré.

2. A localização de droga após a realização de revista íntima não é suficiente para preencher o requisito constitucional estabelecido para possibilitar a limitação ao direito fundamental à privacidade, sem que se tenha verificado uma alguma atitude suspeita antes do citado

Superior Tribunal de Justiça

ingresso domiciliar.

3. Situação que não abarca o devido enquadramento na condição de "fundadas razões" nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, torna-se impositiva a absolvição dos réus.

RECURSO DESPROVIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. ABSOLVIÇÃO.

Em síntese, entendeu a Corte local que "não houve fundadas razões a justificar a realização de revista íntima na ré _____, sendo que o único motivo apresentado pelas agentes penitenciárias foi a denúncia anônima recebida horas antes" (fl. 395), de maneira que seriam ilícitas todas as provas obtidas por meio da revista íntima.

Para o alcance de tal conclusão, fez uma analogia com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do **RE n. 603.616/RO** (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010), em que se decidiu 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.

II. Da possibilidade de realização de revista íntima em presídios

No caso em exame, a controvérsia posta em discussão diz respeito, basicamente, à suposta tensão entre valores constitucionais essenciais que exsurge da legitimidade das revistas íntimas em estabelecimentos prisionais e, por conseguinte, à **licitude ou não das provas obtidas** por meio desse procedimento. De um lado, colocam-se o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais assegurados àqueles que ingressam nos presídios como visitantes; de outro, o direito à segurança pessoal de todos que estão recolhidos nas unidades prisionais ou que nelas precisam adentrar (v. g., advogados, servidores públicos, familiares dos detentos etc.) e, em sentido mais amplo, o próprio direito social à segurança pública.

É inarredável a afirmação de que a revista íntima,

Superior Tribunal de Justiça

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 (CNPCP) – 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", 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 revista.

Parágrafo único. A revista pessoal deverá ocorrer mediante uso de equipamentos eletrônicos detectores de metais, aparelhos de raios-x, scanner corporal, dentre outras tecnologias e equipamentos de

Superior Tribunal de Justiça

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.

Ressaltou-se, na ocasião, que **a necessidade de prevenção ao crime não pode se sobrepor às garantias do Estado Democrático de Direito.** De acordo com o CNPCP, 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).

Superior Tribunal de Justiça

Como, então, compatibilizar os direitos e deveres envolvidos na questão relativa ao controle de ingresso de visitantes em estabelecimentos penitenciários?

Sobre essa matéria, existem, basicamente, duas correntes.

A primeira considera não ser possível a realização de revista íntima em presídios, por ser ela vexatória e atentatória à dignidade da pessoa humana, valor básico ensejador dos direitos fundamentais. Ainda, invoca a proibição constitucional de se submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Há, no entanto, uma segunda corrente, para a qual é possível, sim, a realização de revista íntima em estabelecimentos prisionais, com base em uma **ponderação de interesses**, pois existe a necessidade de controlar a entrada de produtos proibidos nos presídios – armas, bebidas, drogas etc. –, de forma que, **por questão de segurança pública e em nome da segurança prisional, estaria autorizada a medida** (desde que, obviamente, fossem tomadas as cautelas devidas, tais como a realização de revista em mulheres por agentes públicos do sexo feminino).

A Lei n. 13.271/2016, da maneira como aprovada pelo Congresso Nacional, tratava timidamente do tema, em seu art. 3º, adotando o raciocínio exposto na segunda corrente mencionada. Constava no dispositivo: "Nos casos previstos em lei, para revistas em ambientes prisionais e sob investigação policial, a revista será unicamente realizada por funcionários servidores femininos." No entanto, o referido artigo foi vetado pela Presidente da República (Veto n. 12, de 2016), com base na justificativa a seguir:

A redação do dispositivo possibilitaria interpretação no sentido de ser permitida a revista íntima nos estabelecimentos prisionais. Além disso, permitiria interpretação de que quaisquer revistas seriam realizadas unicamente por servidores femininos, tanto em pessoas do sexo masculino quanto do feminino.

Diante disso, infere-se que o objetivo principal do veto foi o de evitar que a lei passasse a seguir, de maneira expressa, a segunda corrente. Isso porque, da forma como foi aprovada pelo Legislativo, estaria autorizada a revista íntima em presídios, desde que feita por funcionário do sexo feminino.

Superior Tribunal de Justiça

Com o veto – mantido pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta realizada em 24/5/2016 –, **a questão continua, portanto, sem disciplina expressa na legislação federal.** Em alguns estados, editou-se lei que proíbe a realização de revista íntima (v. g., menciono que, no Estado de São Paulo, foi editada a Lei n. 15.552/2014, que, expressamente, proíbe, em seu art. 1º, os estabelecimentos prisionais de realizar revista íntima nos visitantes).

Em outros, a medida é vedada por meio de decisões judiciais em ações civis públicas ajuizadas pela Defensoria Pública ou pelo próprio Ministério Público.

No Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda encontra-se pendente de definição. A Corte reconheceu a existência de **repercussão geral** em relação à adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional (**RG no ARE n. 959.620/RS**, Rel. Ministro Edson Fachin, DJe 15/6/2018). No entanto, o Plenário ainda decidirá se a revista íntima de visitantes que ingressam em estabelecimento prisional viola ou não os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo.

No que diz respeito ao sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul, menciono que, por meio da **Portaria n. 012/2008** da Superintendência dos Serviços Penitenciários daquele estado (vigente à época dos fatos, ocorridos em 2/12/2012), foi aprovado o Regulamento Geral para Ingresso de Visitas e Materiais em Estabelecimentos Prisionais da Superintendência dos Serviços Penitenciários.

De acordo com o item 16 da referida portaria, "Todos os visitantes, independentemente da idade, somente poderão ingressar nos Estabelecimentos Prisionais **após serem submetidos a uma revista pessoal e minuciosa** e também a uma revista íntima, se necessário ou mediante fundada suspeita".

O item 16.1, por sua vez, estabelece que "a revista pessoal e minuciosa será realizada por inspeção visual e por detector de metal ou outro equipamento próprio para detecção de materiais ilícitos".

Na sequência, o item 16.2 dispõe que deverá ser submetido à revista íntima "o visitante suspeito de portar material ilícito, independentemente de detecção por aparelho e mulheres em período menstrual".

III. Colisão entre direitos fundamentais

Superior Tribunal de Justiça

Em conformidade com a conhecida lição de Robert Alexy, as normas do ordenamento jurídico só podem assumir duas formas: a de regras e a de princípios. **Regras** são, segundo o autor, normas que são sempre satisfeitas ou não; são verdadeiros *mandamentos definitivos*: "em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva" (*Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85). **Princípios**, por sua vez, são *mandados de otimização*, normas que mandam que algo seja realizado na maior medida possível e que, por terem essa característica, comportam satisfação em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90; Alexy, 2011, p. 85). Os princípios contêm uma determinação *prima facie*, a ser analisada, em cada caso concreto, em caso de colisão.

Portanto, Robert Alexy defende, com base na jurisprudência alemã, o uso da **técnica da ponderação** e do **princípio da proporcionalidade** como soluções para o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios. Deve-se fazer o sopesamento entre eles para ver qual, no caso concreto, terá maior peso e, portanto, precedência em face do outro.

Nesse cenário, Alexy sustenta que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação", a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade. A ponderação é, portanto, segundo o autor, integrante do chamado princípio da proporcionalidade, o qual é constituído por três fases: a) adequação (ou idoneidade); b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). (*Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4> 5316>. p. 75).

A *adequação* consiste na análise dos meios empregados para se chegar ao resultado pretendido; o ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo almejado. O subprincípio da *necessidade*, por sua vez, está relacionado à existência ou não de outra forma de decisão que seria menos interveniente em um dos direitos fundamentais em questão; assim, dentre dois meios que igualmente favoreçam um princípio P1, deve-se escolher aquele que menos prejudica ou limita P2 (há, aqui, a realização

Superior Tribunal de Justiça

de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido). Já a *proporcionalidade em sentido estrito* opera por meio da Lei de Ponderação: "Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro" (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 87-111).

A aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou mandamento de ponderação) é dividida em 3 (três) fases. Primeiro, deve ser avaliada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não satisfação do direito atingido. Em seguida, deve-se examinar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das duas primeiras fases, concluindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 117).

Para Ronald Dworkin, assim como para Alexy, as normas jurídicas comportam uma divisão dúplici: ou são princípios ou são regras. As regras aplicam-se segundo a forma do "tudo ou nada"; os princípios, por sua vez, apresentam, na sua natureza, a dimensão do peso, estranha à regra (*Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-43).

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a técnica da ponderação como instrumento de solução de conflitos de interesses embasados em proteção de nível constitucional. Já decidiu a Corte Suprema que a proporcionalidade é um método geral de solução de conflito entre princípios protegidos pela Constituição:

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. (Intervenção Federal n. 2.257-6/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno).

No que diz respeito à colisão entre o direito coletivo à segurança

Superior Tribunal de Justiça

pública, bem protegido pela Constituição Federal, e outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, Fabiana Prado considera que:

A segurança é um bem protegido pela Constituição Federal de 1988 e constitui, também, um direito fundamental da pessoa. Situada no mesmo nível dos demais direitos fundamentais, se em conflito com outros direitos fundamentais, **a segurança é um direito que pode ser levado à balança da ponderação**. O seu "peso", avaliado no caso concreto, poderá, dependendo das circunstâncias, **fazê-la preponderar sobre outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos**. (PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 196-197).

Registro que a segurança nos presídios é um dever em relação ao qual o Estado não pode renunciar, devendo ele ser desempenhado com a eficiência indispensável e adequada à magnitude dos direitos envolvidos, tais como o da segurança pública.

IV. O caso dos autos

No caso, consta da sentença condenatória que (fl. 320):

A testemunha _____, agente penitenciária, em juízo, relatou que estava de serviço no dia dos fatos, que era dia de visita no presídio e que estava realizando a revista corporal. Referiu que **sua supervisora recebeu uma denúncia anônima informando que _____ tentaria entrar no presídio com droga**, desse modo, a supervisora da depoente requereu que esta fizesse uma revista minuciosa em _____, o que realizou, encontrando uma porção de droga junto com a mesma.

Contou que _____ havia ido para visitar seu companheiro _____ e que carregava uma porção de droga no interior de sua vagina. Comentou que, **no momento da revista, _____ disse que estava levando a droga para o companheiro _____, que era usuário**, mas não pode afirmar com absoluta certeza pois já se passou bastante tempo desde o ocorrido. Não recorda se _____ estava no regime fechado, mas acredita que sim. Contou que **geralmente usam detector de metais, sendo que raramente fazem revista íntima, a não ser que haja uma desconfiança ou denúncia**.

Superior Tribunal de Justiça

O Juiz sentenciante também fez menção aos depoimentos prestados pela testemunha _____, agente penitenciário, que, em juízo, prestou as seguintes informações (fl. 321):

A testemunha _____, agente penitenciário, **em juízo, referiu que recebeu um telefonema no dia dos fatos, pela manhã, informando que _____ iria levar droga para seu companheiro no presídio quando fosse visitá-lo.** Esclareceu que repassou a informação para a colega responsável pela revista no presídio, sendo que esta apreendeu droga com _____. Questionado pela defesa sobre a conduta de _____, contou que à época recém havia chegado ao regional e não o conhecia e, portanto, não poderia prestar este tipo de esclarecimento. Todavia, mencionou que não havia nenhuma investigação relativa ao suposto envolvimento do acusado com drogas.

O Tribunal de origem, por sua vez, afirmou, em síntese: "No caso concreto, todos os depoimentos convergem no sentido de que não houve fundadas razões a justificar a realização de revista íntima na ré _____, sendo que o único motivo apresentado pelas agentes penitenciárias foi a **denúncia anônima recebida horas antes**" (fl. 395).

E, diante de tais elementos, concluiu (fl. 399):

[...] no caso dos autos, **salvo a existência de uma denúncia anônima realizada via ligação telefônica, não é possível observar nenhuma atitude suspeita** - traduzida, aqui, como nervosismo ou posição desconfortável que levasse a crer que a acusada pudesse estar, de fato, carregando qualquer tipo de entorpecente em suas cavidades corporais - **que restasse apta a permitir a revista íntima da forma como as agentes penitenciárias procederam**, importando, então, no reconhecimento da ilicitude das provas produzidas e, conseqüentemente, utilizadas para fundamentar a condenação.

Com efeito, verifico que a acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma "**denúncia anônima** [feita ao presídio no dia dos fatos] informando que _____ tentaria entrar no presídio com droga", **sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação.**

Superior Tribunal de Justiça

Vale dizer, embora o estabelecimento prisional haja recebido um telefonema anônimo, no dia dos fatos, pela manhã, "informando que _____ iria levar droga para seu companheiro no presídio quando fosse visitá-lo", **não houve** nenhum outro elemento suficiente o bastante para demonstrar a imprescindibilidade da revista, tampouco a realização de eventual diligência prévia – como, por exemplo, a submissão da ré a detector de metais, com o consequente acionamento do alarme – que evidenciasse haver **fundadas razões**, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, de que ela estivesse na posse de armas, de drogas ou de quaisquer outros objetos ou papéis que constituíssem corpo de delito.

Relembro que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, a notícia anônima de crime, **por si só**, não é apta para instaurar inquérito policial; ela pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal, desde que haja prévia verificação de sua credibilidade em apurações preliminares, ou seja, desde que haja investigações prévias para verificar a verossimilhança da *notícia criminis* anônima (v. g., **Inq n. 4.633/DF**, Rel. Ministro **Edson Fachin**, 2ª T., DJe 8/6/2018). Assim, **com muito mais razão**, não há como se admitir que denúncia anônima seja elemento válido para violar franquias constitucionais (à liberdade, ao domicílio, às comunicações telefônicas, à intimidade).

Ademais, esclareço que nem sequer houve registro documental dessa "denúncia anônima" feita ao estabelecimento prisional (quando, por qual meio etc.), o que torna absolutamente impossível de controle a própria existência da notícia.

Registro que, em sessão realizada em 6/8/2019, esta colenda Sexta Turma, por ocasião do julgamento do **REsp n. 1.681.778/RS** (Rel. Ministro Rogério Schietti), **reputou serem lícitas as provas obtidas por meio de revista íntima, porque, naquele caso, havia fundadas suspeitas, com lastro em circunstâncias objetivas**, de a visitante do presídio estar portando material ilícito. Na hipótese julgada, **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**, que seria entregue a seu companheiro, preso no local.

No caso dos autos, **diversamente**, houve apenas **denúncia anônima** acerca de eventual traficância praticada pela ré, incapaz, portanto, de configurar, por si só, **fundadas** suspeitas a autorizar a realização de revista íntima. Não se mostra razoável conferir aos agentes penitenciários **total**

Superior Tribunal de Justiça

discricionabilidade para, a partir de mera notícia anônima, ir revistar, de modo intuitivo, as pessoas e seus pertences no momento do ingresso, como visitantes, em estabelecimentos prisionais.

Correta, pois, a conclusão do Tribunal de origem pela **ilicitude das provas obtidas em desfavor dos réus**, a partir de uma analogia com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao ingresso forçado em domicílio alheio sem prévia autorização judicial (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes), senão vejamos (fls. 395-396):

Aqui, entendo cabível uma analogia com o princípio da inviolabilidade

do domicílio. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que **são necessárias fundadas razões**, justificadas a posteriori, que motivem a revista à residência do acusado. Em que pese tratar-se de caso de violação de domicílio, a vedação de denúncia anônima e o critério das fundadas razões é passível de aplicação à revista íntima.

Na mesma linha de raciocínio, **é indispensável que haja fundadas razões também para a revista íntima de qualquer pessoa que tenta ingressar em estabelecimento prisional, o que não se mostra no caso dos autos.**

Embora o Ministério Público pondere, em suas razões recursais, que, ao contrário da busca domiciliar – que exige a existência de fundadas razões para que a medida seja autorizada –, a busca pessoal requer apenas fundadas suspeitas, certo é que, conquanto as expressões **aparentemente** tenham carga semântica diferente, no fundo dizem a mesma coisa: não é **qualquer** suspeita ou razão que autoriza a realização de revista íntima; é necessário que ela (a suspeita ou a razão) seja **fundada** em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade – seja do domicílio, seja do indivíduo.

Diante de tais considerações, se **não havia fundadas suspeitas** para a realização de revista íntima na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância – localização, no interior da vagina, de substância entorpecente (45,2 gramas de maconha) –, **posterior à revista**, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância.

O fato de, nos crimes como o tráfico de drogas, o estado de

Superior Tribunal de Justiça

flagrância se prostrar no tempo – o que, diga-se, é dogmaticamente correto – não significa concluir que a **vaga suspeita** de prática desse delito legitima a mitigação do direito à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo. A fundada suspeita precisa amparar-se em **elementos objetivos**, afastando nuances subjetivas e meras suposições acerca da prática de um crime.

Entendo, assim, que a medida se mostrou, no caso, **incompatível** com a proporcionalidade em sentido estrito, último dos elementos formadores do postulado da proporcionalidade, segundo a teoria defendida por Robert Alexy. Isso porque, ao se analisar os bens jurídicos em conflito na espécie, considero que o benefício resultante da finalidade almejada **não superou** o sacrifício imposto a outros direitos fundamentais (relação custo-benefício da medida). **Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional**, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.

Portanto, pelo contexto fático delineado nos autos, **em que pese eventual boa-fé dos agentes penitenciários**, não havia elementos objetivos e racionais que justificassem a realização de revista íntima. Eis a razão pela qual **são ilícitas as provas obtidas** por meio da medida invasiva, bem como todas as que delas decorreram (por força da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o que impõe a **absolvição** dos acusados, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, tal como decidiu a Corte de origem.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0230844-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.695.349 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044020420118210027 01541001020178217000 02721100017302
04319205820168217000 1541001020178217000 21100017302 4319205820168217000
44020420118210027 70072217268 70073899858

PAUTA: 08/10/2019

JULGADO: 08/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : _____

RECORRIDO : _____

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pela parte
RECORRIDA: _____

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Página 19 de 5

