



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. Prova suficiente para condenação. Revista íntima realizada por policiais do sexo feminino, sem invasão do corpo da ré, sendo a droga retirada pela mesma. Precedentes. **EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS POR MAIORIA.**

EMBARGOS INFRINGENTES E DE SEGUNDO GRUPO CRIMINAL
NULIDADE

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000) COMARCA DE CHARQUEADAS

FSA

EMBARGANTE

MINISTERIO PUBLICO

EMBARGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Acordam os Magistrados integrantes do Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em desacolher os Embargos Infringentes, vencidos o Des. João Batista Marques Tovo e o Dr. Mauro Borba. Redator para o acórdão o Des. Ingo Wolfgang Sarlet.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO (PRESIDENTE), DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO E DR. MAURO BORBA.**

Porto Alegre, 14 de outubro de 2016.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO,

Relator.

DES. INGO WOLFGANG SARLET,

Revisor e Redator.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

RELATÓRIO

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (RELATOR)

FSA, assistida pela Defensoria Pública, opôs embargos infringentes a acórdão proferido pela 3ª Câmara na apelação criminal nº 70064333685, por ela interposta contra sentença condenatória voltada contra sua pessoa nos autos do processo crime nº 156/21400017540, decisão assim resumida em tira:

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - PRESIDENTE - APELAÇÃO CRIME Nº 70064333685, COMARCA DE CHARQUEADAS: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO AO EFEITO DE REDUZIR A PENA DE MULTA PARA 210 (DUZENTOS E DEZ) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO, BEM COMO PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, RESTANDO MANTIDAS AS DEMAIS COMINAÇÕES DA SENTENÇA, VENCIDO O DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, QUE PROVIA O APELO DEFENSIVO PARA ABSOLVER A RÉ POR AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO, DIANTE DA ILICITUDE DO ATO DE REVISTA ÍNTIMA, COM BASE NO ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, JULGANDO PREJUDICADO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO."

Busca prevaleça o voto vencido.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Neumann, opina pelo desprovimento dos embargos.

Os autos vêm conclusos.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

É o relatório.

VOTOS

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (RELATOR)

A embargante foi condenada a cumprir dois (02) anos, um (01) mês e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a pagar quinhentos e cinquenta (550) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, como incursa nas sanções do artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas. Inconformada, ela apelou. O voto condutor da maioria manteve a condenação e a pena privativa de liberdade, mas reduziu a multa. Divergindo, o ilustre Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro proveu o recurso defensivo para absolvê-la, tendo reconhecido a ilicitude da revista íntima, contaminadora da prova que fora assim obtida. Eis a fundamentação do voto vencido:

(...)

Rogo vênia ao eminente Relator para divergir.

Conforme consta nos autos, houve revista íntima e a escolha da apelante foi realizada de modo aleatório, sem que tivesse havido, antes, qualquer outra situação que legitimasse a revista.

Essa revista íntima viola a dignidade humana, conforme, aliás, já decidido pela Câmara:



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE OPERADA EM SEGUNDO GRAU, SUPERADA A NULIDADE POR USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.442.870/RS. DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO. DECISÃO MODIFICADA. I. Desconstituição do acórdão. A decisão monocrática emitida pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, afastou a nulidade reconhecida de ofício por uso injustificado de algemas, bem como a absolvição por atipicidade operada nesta instância recursal, determinando a reapreciação da matéria. Pelo conteúdo mandamental da decisão, não remanesce necessidade de maiores dilações acerca dos temas. II. Revista Vexatória. A realização de revista corporal íntima em visitante de casa prisional, sem prévia submissão a outros métodos de revista não invasivos ou existência de fundada suspeita sobre a pessoa, caracteriza violação à dignidade humana. A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade. Projeto de Lei do Senado nº 480/2013. Projeto de Lei Estadual nº 77/2015 (Rio de Janeiro). Lei Estadual nº 15.552/2014 (São Paulo). RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. (Apelação Crime Nº 70052571692, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 06/08/2015).

Nesses termos, voto pela absolvição por ausência de prova do fato, diante da ilicitude do ato de revista íntima, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, julgando prejudicado o recurso do Ministério Público.

(...)

Pois, rogando vênias à douta maioria, faço prevalecer o voto vencido. Como se retira da própria fundamentação do voto condutor da maioria, a embargante foi indevidamente submetida a uma degradante



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

especulação de cavidade íntima. Invoco como argumento de autoridade precedente da lavra do Desembargador Nereu José Giacomolli, cuja ementa e fundamentação vão a seguir transcritos:

Ementa: TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA VAGINA. 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 submetem-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. Ilicitude da apreensão da droga e, por derivação, das demais provas produzidas sob contraditório judicial. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70054831953, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/12/2013)

(...)

Eminentes colegas:

Trata-se de recurso de apelação interposto pela acusada, em face de sentença que a condenou como incurso no artigo 33, §4º, c/c artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

As provas produzidas sob contraditório judicial foram assim examinadas na sentença recorrida:



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tocante à autoria, em seu interrogatório, a acusada a reconheceu expressamente, declarando que o fato era verdadeiro. Disse que uma amiga, que conhecia "de rua", perto do presídio, pediu para ela levar a droga àquele local. Cometeu o crime porque passava por muitas dificuldades financeiras, sendo responsável pelo sustento de dois netos menores de idade. Recebeu R\$ 50,00 para fazer o transporte do entorpecente.

A versão pessoal da denunciada, com efeito, foi amplamente confirmada pelo restante da prova produzida.

*Não fosse apenas porque a droga foi apreendida no poder da ré quando tentava adentrar no Presídio local, mas também porque a testemunha **XXX**, agente penitenciária responsável pela revista procedida no corpo da acusada, confirmou que, realizando revista íntima, localizou no interior da vagina da acusada, dentro de uma sacola, a droga finalmente apreendida. Disse que, segundo informações da própria ré, uma moça – cujo nome a denunciada não revelou- teria pedido que ela trouxesse a droga ao presídio, para entregar a um preso que trabalhava na cozinha do estabelecimento.*

Reexaminando o contexto probatório, a ré foi denunciada por adentrar no estabelecimento prisional transportando 35,1g de cocaína no interior da sua vagina.

É verdade que o tipo penal do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 é de conteúdo múltiplo, na medida em que elencou diversos verbos nucleares a fim de caracterizar as condutas típicas. Nessa senda, mesmo realizando mais de uma ação descrita no tipo penal – como no caso em apreço, adquirir, guardar, transportar e



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

trazer consigo – comete o agente um único crime, pois o bem jurídico lesado (saúde pública) é o mesmo.

Nesse sentido explica GILBERTO THUMS e VILMAR PACHECO:

A lei elencou 18 verbos no art. 33, caput, 14 verbos no seu § 1º, bem como vários outros nos diversos tipos penais, procurando com isso cercar todas as possibilidades de condutas relacionadas a drogas para considerá-la típica.

Por outro lado, é preciso compreender que, mesmo realizando o agente vários comportamentos descritos nos tipos, num único contexto fático, incidirá apenas uma vez na lei repressiva, visto que o bem jurídico lesado é o mesmo: a saúde pública. Exemplificando: o agente que for flagrado na rua vendendo cocaína e que também traz consigo maconha e haxixe, bem como ainda guarda em casa certa quantidade de LSD, na verdade, praticou várias condutas típicas, mas sofrerá sanção única pela infringência ao art. 33, porque o crime é contra a saúde pública e não contra um número indiscriminado de pessoas. (Nova Lei de Drogas. Crimes, Investigação e Processo. 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 48).

Também não é menos verdade que diversas condutas, dentre elas, guardar e trazer consigo, para fins de comércio, é uma modalidade permanente, protraindo o momento consumativo no tempo e no espaço, razão pela qual não admitem a tentativa.

Nesse sentido sustenta Rogério Sanches Cunha:

“Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes,



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

protraindo seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar, etc.). A multiplicidade de condutas parece inviabilizar a tentativa” (in GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada, 2007, p. 148).

No mesmo sentido, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

“Como regra, o crime de entorpecentes não admite tentativa, tendo em vista a multiplicidade de verbos que permite tipificar a conduta já consumada em face de comportamento anterior. Exemplificando: se o agente está vendendo a droga, mas ainda não a entregou ao adquirente e é preso, não se pode falar em tentativa de “vender”, eis que já se encontra consumada a conduta de “trazer consigo ou ter em depósito” a droga para fornecimento a terceiro”. (Nova Lei de Drogas. Crimes, Investigação e Processo, 2008, p. 36).

A configuração do crime não se dá somente pela tipicidade e ilicitude, mas também pela presença do elemento culpabilidade. Este se relaciona com o autor e com toda a complexidade social e cultural.

Nova orientação da Terceira Câmara Criminal, embora a questão esteja sendo discutida, portanto, sem unanimidade, com precedente de Relatoria do Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, os casos de “tentativa” de ingresso no interior do presídio com drogas nas cavidades (anal ou vaginal), para fins de entrega a terceiros, ensejariam absolvição.

Nesse sentido:



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ATIPICIDADE. Autoria. Suficientemente comprovada pela confissão do réu de que estava na posse da substância entorpecente e pelos relatos dos agentes penitenciários. Crime impossível. Os agentes penitenciários afirmaram que é feita uma revista pessoal nos presos quando estes retornam à casa prisional de benefícios externos, ocasião em que foi encontrada a droga em poder do réu, em sua roupa íntima. Vale destacar que, para retornar ao estabelecimento prisional, o réu teria que, invariavelmente, se submeter à rigorosa revista. Crime de mera conduta. A jurisprudência e a doutrina apontam expressões nucleares do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que possibilitam a forma tentada. Aplicação crítica da lei, não acrítica. Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina. Deficiência do Estado. A deficiência do Estado na sua infra-estrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida. Uma vez que o sistema prisional se auxilia da organização interna que permite nas casas prisionais, deve atentar para a imposição de ordens a apenados que saem em gozo de benefícios e que tentam reingressar portando substâncias entorpecentes, as quais, em situações normais, jamais deixariam de ser apreendidas. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70051562023, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 13/12/2012)



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tenho, contudo, no caso concreto, presente a invalidade da prova.

Segundo a Constituição Federal, o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem na dignidade da pessoa um de seus fundamentos (art. 1º, III, CF). O respeito à integridade física e moral se infere do art. 5º, XLIV, da CF. Portanto, o corpo (ser) recebe proteção constitucional. Tal proteção, potencializa-se, uma vez confrontada com o domicílio (possuir), como regra, inviolável, salvo quando houver flagrante delito, prestação de socorro ou por determinação judicial (art. 5º, XI, CF). Também, ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF). Por isso, o corpo da pessoa recebe potencialidade protetiva maior que a vida privada, a honra, a imagem (art. 5º, X, CF), à casa (art. 5º, XI, CF), à correspondência ou da própria comunicação telefônica (art. 5º, XII, CF). No que tange à casa e a comunicação telefônica há reserva legal e jurisdicional!!!!

As esferas de dignidade são irrenunciáveis e a limitação a direitos fundamentais não podem fragilizar a dignidade da pessoa, embora aferível em cada situação concreta (Sarlet). Constitui-se a dignidade, em base antropológica (Canotilho), princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais (Sarlet). Essa base humana adentra no processo penal como limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não-violação das esferas de dignidade, de não-aceitação de violação, bem como positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade. A oficialidade estatal existe em face do sujeito, servindo ao ser humano e não este aos "aparelhos político-organizacionais" (Canotilho). Isso atinge o thema probandum, os meios



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

de prova, a metodologia da busca da prova, em suma, a sua admissibilidade, bem como o plano da valoração, ou seja, de sua consideração como válida ou não. Apesar da complexidade e pluralidade, das bases fáticas e normativas, das cargas valorativas dos sujeitos e da variedade de códigos funcionais, a rede protetiva e garantidora da eficácia dos direitos humanos, ou seja, o “paradigma antropológico do homem” (Canotilho) está em primeiro plano no processo penal, na centralidade e referencialidade necessárias.

No caso concreto, a droga estava em cavidade íntima da acusada, mas precisamente, em sua vagina. A interferência nas cavidades íntimas, uma ingerência de alta invasividade, em face da proteção constitucional, submete-se à reserva legal (quais os delitos, em que situações, v.g.) e jurisdicional (decisão da autoridade judicial competente). O interesse público na persecutio criminis não se legitima na busca a qualquer preço ou custo da prova, sem a observância dos direitos fundamentais. Na interpretação de cada situação concreta, tanto poderá ser utilizada a proporcionalidade (necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito), quanto a razoabilidade (relação entre meios e fins).

É certo poder ser exercido o poder de polícia do Estado (revista), mas há limitações. Constata a possibilidade de a imputada estar com droga em suas cavidades íntimas, o poder de polícia do Estado poderá impedir a sua entrada ou acompanhar os seus movimentos no interior do cárcere, limitar o direito de visitação. Outras metodologias, não invasivas na esfera íntima das acusadas poderão ser utilizadas e providenciadas pelo Estado. A precariedade da metodologia (desnudar, total ou parcialmente a mulher, colocá-la



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

de cócoras, fazê-la girar, movimentar-se nessa posição, v.g.) situa-se no medievo, inadmissível em pleno séc. XXI.

Segundo o artigo 157 do CPP, consideram-se ilícitas as provas obtidas sem observância das normas constitucionais ou legais. No caso, nem sequer há previsão legal possibilitando a potencialidade da interferência. Há violação da normatividade constitucional. Por isso, penso ser inadmissível tal prova.

Retirada e destruída a prova considerada ilícita, nada mais resta com potencialidade probatória a dar supedâneo a um juízo condenatório. O depoimento da agente penitenciária decorre diretamente da ilícita apreensão da droga, motivo pelo qual resulta impositiva a absolvição.

Por isso, dou provimento ao apelo para absolver a acusada, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP.

(...)

No caso, a desconfiança levou imediatamente à realização da revista vexatória, não havendo notícia nos autos de que tenham sido utilizados meios de detecção de drogas menos invasivos à dignidade da ré. E isso vem em seu socorro.

Saliento que as garantias constitucionais são de todos, *não apenas dos cidadãos mais respeitáveis*, e a violação ao direito de um, *seja qual for*, constitui ofensa ao direito de todos, *não sendo possível fazer discriminação para com os "etiquetados"*.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Se isto resulta em impunidade, *o que é lamentável*, carece ver que a responsabilidade por esse resultado é de quem não respeitou a *regra do jogo*. E não se deve esperar que o Judiciário outra vez as viole para suprir deficiências ou ocultar erros cometidos pelos órgãos da persecução extrajudicial (ou judicial).

Definitivamente, os fins *não* justificam os meios.

Hostilizando decisões similares da Terceira Câmara, o órgão da acusação já argumentou que não se teria feito a devida ponderação entre entre os princípios da dignidade e da intimidade em oposição aos da segurança e da ordem pública, como se absolutos fossem aqueles.

Tenho que não procede.

Começo por dizer que *para tudo há limites*, até para os limites que se buscam impor ao direito de intimidade – *diverso da privacidade, por força do próprio texto constitucional* – quando este é confrontado com o aparelho de repressão criminal. É a *teoria dos limites dos limites*. Não se pode obrigar o alcoolizado a soprar o etilômetro nem a fornecer sangue ou qualquer outro *material biológico* para realização de exame, não só por ele ter o direito de não se autoincriminar, mais porque no atual estágio civilizatório não se admitem tais *intervenções corporais*. O direito à intimidade corporal é absoluto, não pode ser



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

de modo algum relativizado, diz respeito ao núcleo essencial do direito à intimidade, *que não pode ser atingido sem que este seja ferido de morte*. Mais do que violador da intimidade corporal, abrir e especular as cavidades vaginal e anal, de uma mulher ou homem, constituem *crime de estupro*, para o qual não se prevê exclusão de ilicitude, afeta a *dignidade sexual*, um dos pilares da dignidade da pessoa humana, é degradante e inconcebível em um estado democrático de direito, que a tem como princípio-matriz.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da Constituição Federal) está acima dos interesses do aparelho de repressão criminal, por isso não se admite tratamento desumano ou degradante, *sequer ao condenado definitivamente*, apesar das lamentáveis práticas observadas em nossos presídios, proibem-se as penas de morte, perpétuas ou cruéis, o banimento e trabalhos forçados. E é falacioso dizer que ela possa ser de qualquer modo concorrente com o *interesse coletivo*, pois não lhe paga tributo ministrar um tratamento degradante sequer aos *etiquetados*, na medida em que esse inalienável direito à dignidade pertence a Todos, *não a apenas um*, é estruturante e de todo indispensável ao convívio democrático e civilizado, *por*



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

isso que elencado como princípio-matriz na Constituição Federal e serve de guia a tratados internacionais que têm o Brasil como signatário.

Mas não é só.

A ponderação de princípios que se pede, *como se possível fosse*, é em defesa de um suposto interesse coletivo pela *segurança pública dentro de um presídio*, como se o Poder Executivo estivesse a promovê-la, quando se sabe que a *desordem – para lembrar a invocação feita ao artigo 144 da Constituição e à lição doutrinária de Uadi Lammêgo Bulos (f. 39) – interna* ou a anomia estatal tornou-se regra e, o que é ainda pior, foi substituída por uma *ordem às avessas*, de organizações criminosas paraestatais que dominam espaços *intramuros*. O *caos* já se faz presente, e não há de ser incrementado pelo respeito à dignidade sexual das mulheres que visitam seus maridos na prisão, *antes pelo contrário*. É falacioso dizer que se estaria a dar um salvoconduto para a reiteração desse criminoso *transporte* de drogas, *o que nunca se fez*. Para esse argumento tão singelo, sempre respondemos que pode ser impedido o acesso de pessoa de quem se suspeite trazer oculto em suas cavidades vaginal e anal algum objeto ilícito.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Outro argumento inaceitável é o de que o procedimento *“não se mostra agressivo ou abusivo, mormente quando não há objeção da examinada”*, como se permitir a um completo estranho ver o seu corpo desnudo ou especular suas cavidades vaginal e anal fosse algo inócuo e se as mulheres de presidiários, pessoas que são sabidamente hipossuficientes, tivessem a opção ou a capacidade de *resistir* à ação do aparelho repressor. O argumento muito se assemelha ao que temos ouvido nas buscas domiciliares sem autorização judicial: não houve oposição, *logo, a ação é legítima (!?)*. Mas como se opor a agentes do Estado *poderosos e armados* que dão *voz de comando*, sobretudo as mulheres de apenados? Não creio que alguém ouse afirmar ter havido, no caso em comento, consentimento espontâneo e válido pela paciente para com aquele invasivo e degradante exame.

Jamais qualquer norma legal autorizou, *sequer de modo implícito*, a revista íntima, com exposição do corpo desnudo ou alguma especulação de cavidades anal ou vaginal. A Resolução nº 09/2006 do CNPCP tampouco permitiu-a. Ela, de fato, veio regular e coibir excessos que se faziam notar antes dela, *tais como a revista por pessoas de sexo oposto*, expressamente determinando que a *“revista manual deverá preservar a honra e a dignidade do*



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

revistando". Nela, não se permitiu sequer a *revista íntima*, com desnudamento das pessoas. E o que é mais relevante, o mesmo CNPCP, através da Resolução nº 5 de 28.08.2014, publicada no DOU de 02.09.2014, proibiu a realização de qualquer revista vexatória, desumana ou degradante, especificando considerar como tal as feitas com *desnudamento parcial ou total, qualquer conduta que implique a introdução de objetos nas cavidades corporais da pessoa revista, uso de cães ou animais farejadores, ainda que treinados para esse fim e impor ao revistando agachamentos ou saltos*. Não bastasse tudo isso, a superveniente Lei nº 13.271/2016 proibiu qualquer forma de revista íntima de pessoa do sexo feminino.

Logo, havia e segue havendo *norma proibitiva*.

Será preciso dizer mais?

Não creio. O que sobra é a vontade judicial e a consciência de cada julgador, os colegas devendo responder aos argumentos postos como lhes aprouver.

POSTO ISSO, meu voto é no sentido de dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido e absolver a embargante.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

É o voto.

DES. INGO WOLFGANG SARLET (REVISOR E REDATOR)

Rogo vênia ao eminente Relator para divergir de seu voto e, portanto, afastar a preliminar de prova ilícita no caso concreto, conforme fundamentação a seguir.

O Relator considera vexatória a revista íntima, frente aos novos meios de revista mecânica para visitantes em estabelecimentos prisionais, tais como aparelhos de raio-x e detectores de metais. Argumenta, ainda, que a revista íntima proporciona degradação à integridade física e psíquica da acusada, ferindo sua dignidade humana, motivo pelo qual faz prevalecer o voto vencido.

Todavia, ao meu sentir, é caso de negar provimento ao recurso defensivo, afastando-se a suposta nulidade da prova e, por conseguinte, mantendo a condenação da ré.

De início, transcrevo trecho de análise da prova oral realizada no acórdão que decidiu a apelação:

*A Policial Militar **YYYYYY** (fl. 171) relatou que, ao realizar revista na ré, notou que a ré estava nervosa,*



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

motivo pelo qual realizou revista íntima na acusada, tendo visualizado a ponta de um preservativo inserido em seu corpo. Assim, solicitou que esta retirasse o que tinha inserido, o que foi atendido de pronto. Afirmou que a ré não informou para quem estaria levando a substância entorpecente.

***ZZZZZZZZZZZZZZZZZZ** (fl. 171), Policial Militar, corroborou a versão de sua colega, confirmando ter visualizado a droga apreendida, que se tratava de "maconha" e crack. Referiu que não se recorda da ré ter informado para quem seriam os entorpecentes.*

*A Policial Militar **WWWWWWWWWWWWW** (fl. 171) referiu que estava na sala de revista, realizando revista em outra pessoa, quando foi chamada pela colega, que estava revistando a ré, presenciando o momento em que a acusada retirou um preservativo masculino do ânus, que continha em seu interior as substâncias entorpecentes "maconha" e crack.*

Da análise dos autos, observa-se que, durante a visita da acusada na Penitenciária Estadual do Jacuí - PEJ, essa fora selecionada para se submeter à revista íntima, visualizando a policial militar a ponta de um preservativo inserido em seu corpo, momento em que foi solicitada a retirar o invólucro, que continha cerca de 68g (sessenta e oito gramas) de maconha e uma pedra de



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

crack pesando cerca de 43g (quarenta e três gramas). Ressalte-se que a citada revista íntima foi realizada por meio de policiais militares do sexo feminino e seguiu as normas administrativas¹ que regulamentam essa espécie de atividade fiscalizatória.

Ademais, ao meu ver, as normas para selecionar quem seria submetida à revista íntima, baseada em escolha aleatória das mulheres visitantes, não estão em desacordo com o art. 244 do Código de Processo Penal², especialmente em se tratando de ambiente prisional, no qual é expressamente proibida a entrada portando drogas ilícitas, nem sequer violam os direitos fundamentais à integridade física e psíquica e à intimidade da ré, os quais não são absolutos.

Nesse sentido, vejamos o entendimento da Corte Superior:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO*

¹ Correspondentes à Portaria nº 12/2008 da Superintendência dos Serviços Penitenciários e à Resolução nº 09/2006 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

² **Art. 244.** A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

*JURISPRUDENCIAL. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. INGRESSO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DE REVISTA ÍNTIMA. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. III - **Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais. Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto (MS n. 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000).** IV - O direito à intimidade, portanto, não pode servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos penais, como o tráfico de entorpecentes no interior de estabelecimentos prisionais, notadamente quando, em casos como o presente, há razoabilidade e proporcionalidade na revista íntima, realizado por agente do sexo feminino e sem qualquer procedimento invasivo (precedente). (HC 328.843/SP,*



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

*Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,
julgado em 15/10/2015, DJe 09/11/2015)*

Nesse sentido, atento, ainda, para trecho do voto do Min. Felix Fischer no precedente acima referido:

É o caso dos autos, em que **o direito à intimidade não possui caráter absoluto em razão da necessidade de se resguardar a segurança pública, não se verificando qualquer ilegalidade, a princípio, na realização de revista íntima anteriormente à entrada de familiares dos detentos em estabelecimentos prisionais.** Em hipóteses semelhantes, aliás, insta consignar que o col. Supremo Tribunal Federal há muito consolidou o entendimento no sentido de que **"o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF) não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas"** (RHC n. 115.983/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3/9/2013). O mesmo raciocínio deve incidir à



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

hipótese. Isto porque, **caso se entenda como absoluto o direito à intimidade, em detrimento da segurança pública, tal conclusão tornaria possível que um direito fundamental consagrado constitucionalmente pudesse servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos**, o que revelaria verdadeiro desrespeito ao Estado de Direito (Vicente Paulo e Marcelo Documento: 53131035 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 6 de 10 Superior Tribunal de Justiça Alexandrino, in "Direito Constitucional descimplicado", Ed. Método, 9ª edição, pg. 108). Ademais, deve-se ressaltar que o direito constitucional tido por violado, na espécie, apenas poderia ser fundamento para o reconhecimento da ilicitude da prova obtida, na hipótese em que tal violação fosse grave o suficiente a fim de invocar a garantia constitucional, o que, da análise dos autos, não se verifica. [...] Contudo, entendo que tal não é a hipótese, em que, ao que se tem dos autos, **"não houve invasão do corpo, mas imediata retirada da droga pela própria ré da vagina, quando constatadas as evidências da ocultação" (fl. 154), sendo a revista, inclusive, tendo sido realizada por agente do sexo feminino.**



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Não há comprovação de que houve a prática de coação física e nem moral em face da denunciada, pois havia plena ciência por essa da fiscalização a que se submeteria quando da entrada no referido estabelecimento prisional, tanto que ela buscou burlar a citada forma de controle a partir da introdução da droga em sua cavidade anal.

Assim, não há de se falar em *prova ilícita*, posto que a própria ré retirou o objeto de dentro de sua cavidade anal, em momento algum tendo as policiais militares lhe tocado ou violado sua dignidade. Não somente, tal entendimento já foi aplicado em situação semelhante nesta mesma Câmara no julgamento da Apelação-crime nº 70061774501³ realizada no corrente ano.

Já me manifestei acerca do assunto: *"Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou*

³Julgada na Sessão ocorrida em 23 de março de 2016.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

*bens constitucionais relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de modo que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição."*⁴

Na mesma linha de raciocínio, é necessário analisar se os meios de provas que evidenciam a materialidade do delito cometido no caso concreto se encontram em conformidade com os parâmetros do princípio da proporcionalidade ao ocasionar uma situação de restrição lícita e suportável a um direito fundamental. Já escrevi a respeito do assunto, nos seguintes termos⁵:

"(...) convém lembrar que, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se à comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização."

Ora, não se pode considerar o direito fundamental à intimidade como estando acima da necessidade de se assegurar a segurança pública em

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel; *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 442.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz; *Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, 6ª tiragem, p. 205.



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

uma suposta hierarquia normativa, porque essa não existe entre normas princípios. Se assim fosse, qualquer cidadão poderia utilizar-se de tal entendimento para cometer atos ilícitos. Há sim que falar em medida de proteção suficiente a possibilitar a incidência do direito fundamental à segurança pública, no caso concreto, por compreender necessária, adequada e apta a ocasionar menos prejuízos à esfera de direitos fundamentais envolvidos, o que demanda que o direito à intimidade da acusada possa ser mitigado sem configurar violação insuperável à dignidade humana dessa.

Desse modo, não reconhecida a ilicitude da prova principal, há que analisar se estão presentes indicações de materialidade e autoria do delito imputado à ré.

No caso dos autos, constato que não há dúvida quanto à responsabilidade da acusada pelo delito de tráfico de drogas, sendo suficientes as provas carreadas para sustentar a sua condenação pelo referido tipo penal.

Aliás, quanto a este ponto, destaco que compete a esta Corte realizar o exame do mérito recursal sem compreender supressão de instância, pois a absolvição do réu com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP (por



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

inexistência de prova de fato) não ocasiona obstáculo para que essa instância proceda a tal exame. Nessa linha, ressalto o seguinte julgado deste Tribunal:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, CP. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADA. I - O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que constitui mera irregularidade a inobservância das formalidades legais exigidas para a feitura do auto de apreensão, sendo plenamente viável a análise da materialidade delitiva com base nas demais provas produzidas. II - **A absolvição do réu, em primeiro grau, com fulcro no art. 386, inc. II ("não haver prova da existência do fato") não obsta que esta Corte, afastando o fundamento da absolvição (ausência de materialidade), prossiga na análise das teses da acusação e da defesa, porquanto não configura supressão de instância.** III - **Autoria e materialidade. Condenação que se impõe.** RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70059935775, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 06/11/2014)

Assim sendo, a prova da materialidade encontra-se disposta na ocorrência policial (fls. 11/13), auto de apreensão da droga (fl. 14), laudo de



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

constatação de natureza das substâncias (fls. 17/18 e 21/22) e laudos periciais (fls. 122/126), bem como pela prova oral produzida em instrução processual.

Com relação à autoria, verifico que as policiais militares, **X e Y**, que procederam à revista íntima da acusada, foram convergentes e harmônicas em seus relatos judiciais ao afirmarem que a referida droga foi encontrada na cavidade anal da ré e que ela própria a retirou na presença dessas (fl.171).

Dito isso e reconhecida que há prova de materialidade e autoria nos autos deve a condenação ser mantida. Assim, voto por **negar provimento** aos embargos infringentes.

DR. MAURO BORBA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO (PRESIDENTE)

Estou em aderir ao voto divergente do Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet, desacolhendo os embargos. Não vejo ilegalidade na forma como realizada a revista íntima e, por consequência, afasto a invalidade da prova.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO



IWS

Nº 70070914007 (Nº CNJ: 0301594-10.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Com a vênia do Relator, desacolho os embargos infringentes.

DES. ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO - Presidente - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70070914007, Comarca de Charqueadas: "POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDOS O DES. TOVO E O DR. MAURO. REDATOR PARA O ACÓRDÃO O DES. INGO."

Julgador(a) de 1º Grau: FRANCISCO LUIS MORSCH