

HABEAS CORPUS 243.218 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S) : MARIA LIGIA DOS SANTOS
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA. VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AFRONTA À LEI ESTADUAL DE SÃO PAULO N. 15.552/2014. ORDEM CONCEDIDA PARA ABSOLVER A PACIENTE.

Relatório

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado, em 27.6.2024, pela Defensoria Pública de São Paulo, em benefício de Maria Ligia dos Santos, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em sessão virtual de 18.6.2024 a 24.6.2024, negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.070.544/SP.

O caso

2. Consta dos autos ter sido a paciente condenada, pelo juízo da Segunda Vara Criminal da comarca de São Vicente, à pena de um ano, onze meses e dez dias de reclusão, substituída por prestação de serviço à comunidade e multa no valor equivalente a dez dias-multa, além do pagamento de cento e noventa e três dias-multa, como incurso no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas privilegiado) (fls. 191-199, e-doc. 2).

3. A defesa interpôs a Apelação Criminal n. 0000544-

HC 243218 / SP

08.2016.8.26.0590, no Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo a Décima Câmara de Direito Criminal negado provimento ao recurso, em 28.7.2022 (fls. 260-280, e-doc. 2). Esta é a ementa do julgado:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. Sentença condenatória. Preliminar de nulidade. Alegação de que a prova foi obtida por meio ilícito, consistente em revista íntima vexatória. Revista realizada de acordo com o procedimento adotado na época dos fatos. Própria ré retirou o entorpecente de suas partes íntimas. Preliminar rejeitada. Preliminar. Necessidade de conversão do julgamento em diligência para proposta de ANPP. Questão suscitada em petição posterior à apresentação das razões recursais. Preclusão consumativa. É vedado à parte praticar o mesmo ato processual duas vezes. Mérito. Autoria e materialidade demonstradas. Provas dos autos sustentam de forma clara e incontestável a condenação. Crime impossível não configurado. Inviável desclassificar a conduta para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/06. Dosimetria não comporta reparos. Na primeira fase, base no mínimo. Adequada a majoração pela causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei Antidrogas. Possível aplicar o redutor no seu patamar máximo. Regime aberto. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos e multa. Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso não provido”.

4. Foi interposto recurso especial, admitido na origem. Em 11.3.2024, o Ministro Joel Ilan Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça, conheceu do recurso e a ele negou provimento (fls. 328-335, e-doc. 2).

Foi interposto o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.070.544/SP, cujo provimento foi negado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 18.6.2024 a 24.6.2024 (fls. 355-364, e-doc. 2). Esta é a ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

HC 243218 / SP

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO DE VISITANTE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça – TJ reconheceu a licitude da revista íntima realizada na agravante para entrada no presídio, porquanto adotado procedimento regular e existente à época, tendo sido ela mesma quem, voluntariamente, retirou a droga do próprio órgão genital.

2. Conforme jurisprudência desta Corte, caso haja fundadas suspeitas de que o visitante do presídio esteja portando material ilícito, é possível a realização de revista íntima, para fins de segurança, a qual, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

3. No caso, o detector de metais (revista mecânica) acusou que a agravante portava algo ilícito em si. Diante disso, adotou-se o procedimento de revista íntima praticado à época. A agravante aceitou realizar o procedimento e retirou ela própria a droga que estava escondida em suas partes íntima (25g de maconha embalada em papel de alumínio). Além disso, o procedimento foi acompanhado por agentes penitenciárias do mesmo sexo da visitante.

4. Nessas circunstâncias, não se observa ocorrência de qualquer ilegalidade apta a macular o procedimento. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido”.

5. Contra essa decisão tem-se o presente *habeas corpus*. A impetrante afirma que “A revista, na época era ainda feita no CDP pelo chamado método do agachamento, com violação evidente da dignidade do visitante” e que, “sob o argumento de que foi a própria paciente que retirou de suas partes íntimas os entorpecentes, a prova foi considerada válida” (fl. 2, e-doc. 1).

HC 243218 / SP

Argumenta que *“a decisão chega a ser contraditória, pois reconhece que a revista foi feita sim por agachamento e que só após a ilegalidade cometida é que se suspeitou da presença de entorpecentes, obrigando-se (e a palavra é essa, pois se não tirasse de suas partes íntimas os objetos detectados na revista vexatória seria a ré não só impedida de ingressar no estabelecimento, mas também conduzida a um pronto socorro para raio x) a recorrente a retirar e entregar os entorpecentes”* (fl. 3, e-doc. 1).

Ressalta que, *“nas circunstâncias concretas este consentimento não tem validade, visto que evidente a vulnerabilidade em que se encontra aquele que está tentando visitar seu familiar preso e é acusado de estar portando algum tipo de material ilícito”* (fl. 4, e-doc. 1).

Estes os requerimentos e o pedido:

“Diante do exposto, em face da gravidade da coação imposta a paciente, requer a concessão da ordem, sustando-se liminarmente os efeitos da condenação e, ao final, decretando-se a absolvição da paciente” (fl. 6, e-doc. 1).

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

6. Pretende-se, neste *habeas corpus*, a anulação da condenação imposta à paciente, por ter sido lastreada em provas ilícitas (art. 157 do Código de Processo Penal).

7. Na sentença condenatória, não foi reconhecida a nulidade da revista íntima, tendo o juízo de primeiro grau afirmado que *“não viola o princípio da dignidade da pessoa humana a revista íntima, realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, e quando há fundada suspeita de que a visitante esteja trazendo em seu corpo droga para o estabelecimento prisional, pois, diante da inexistência de direito absoluto, a proteção da intimidade da ré não pode ser usada como escudo para práticas ilícitas”* (fl. 194, e-doc. 2).

HC 243218 / SP

Destaca-se o depoimento da testemunha Maria Edileusa Figueiredo, agente penitenciária, que afirmou:

“quando a acusada passou pelo portal, o mesmo foi acionado, razão pela qual foi solicitado que a acusada tirasse a roupa e fizesse o agachamento, procedimento adotado à época dos fatos. Em seguida, disse que constataram que havia algo na parte íntima da vítima, momento em que pediram que a mesma retirasse. Ato contínuo, disse que a acusada retirou de sua parte íntima uma a droga apreendida” (fl. 193, e-doc. 2).

8. No julgamento da Apelação Criminal n. 0000544-08.2016.8.26.0590, o Tribunal de Justiça de São Paulo assentou:

“A preliminar de nulidade suscitada pela defesa, por ilicitude da prova, em decorrência da realização de revista íntima vexatória, deve ser afastada, eis que o procedimento foi realizado de modo regular pelas agentes de segurança penitenciária.

De fato, a Lei estadual nº 15.552, de 12 de agosto de 2014 passou a vedar a revista íntima de todo visitante em estabelecimento prisional, considerando revista íntima, entre outros procedimentos, aquele que obrigue o visitante a fazer agachamentos ou dar saltos.

Contudo, o artigo 4º, da mesma lei, autoriza, no caso de suspeita de que o visitante esteja portando objeto ou substância ilícitos, identificada durante a revista mecânica usando equipamentos (I - scanners corporais; II detectores de metais; III - aparelhos de raio-X e IV - outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral, conforme artigo 3º, da referida lei), que ele seja novamente submetido à revista mecânica, e, persistindo a suspeita, o visitante poderá ser impedido de entrar no estabelecimento prisional.

Ainda, caso insista na visita, ele será encaminhado ao ambulatório, onde um profissional médico realizará procedimentos para averiguar se idônea a suspeita e, caso confirmada, encontrando-se os objetos, o visitante será encaminhado à Delegacia de Polícia para as providências cabíveis (artigo 4º, incisos e parágrafo único, da lei

HC 243218 / SP

mencionada).

Ocorre que, na época dos fatos (ano de 2016), a grande maioria dos presídios não possuía o equipamento denominado scanner corporal, destinado a encontrar substâncias proibidas escondidas em vestes ou partes íntimas dos visitantes.

In casu, do que se depreende, existia no presídio de São Vicente somente um detector de metais, o qual foi acionado quando a acusada passou pelo equipamento, ensejando, a seguir, a revista íntima questionada.

Conforme se verifica do depoimento da agente penitenciária Maria Edileusa Figueiredo Souza, o procedimento de revista era feito, naquela época, por meio de agachamento, caso houvesse suspeita de que o visitante trazia substância ilícita. Porém, se a pessoa não aceitasse retirar o objeto que trazia em suas partes íntimas, era encaminhada a um pronto-socorro para realização de exame de raio X.

Por outro lado, como bem destacado pelo D. Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 242/249, foi a própria acusada quem retirou os entorpecentes escondidos em sua genitália, não havendo qualquer nulidade a ser decretada.

A apelante poderia ter se recusado a realizar o procedimento, mas aceitou fazê-lo, retirando, ela própria, a maconha que estava escondida em suas partes íntimas.

Assim, não houve irregularidade no procedimento realizado pelas agentes penitenciárias, não se configurando, desse modo, nulidade.

Sobre o tema, já decidiu esse E. Tribunal de Justiça, inclusive sobre caso semelhante na mesma Comarca de São Vicente: (...).

Destaco que não há, no sistema constitucional pátrio, direito ou garantia individual que se revista de caráter absoluto. O interesse público legitima, excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas dos direitos individuais, com a finalidade de proteger o interesse social, de forma que nenhum direito pode ser exercido em detrimento da ordem pública.

O direito à intimidade não pode servir de escudo para a prática de ilícitos penais, como o tráfico de drogas no interior de

HC 243218 / SP

estabelecimentos prisionais, mormente quando, como no caso em tela, há razoabilidade e proporcionalidade na revista íntima realizada, consideradas as ponderações acima delineadas” (fls. 263-268, e-doc. 2).

9. O Relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça, consignou em seu voto no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.070.544/SP:

“Nota-se que, no caso concreto, após o detector de metais do estabelecimento prisional ter disparado com a passagem da agravante, foi realizado o procedimento de revista adotado à época, diante da suspeita de ocultação de substância ilícita (solicitação de agachamento). Constatada a presença de algo nas partes íntimas da recorrente, foi solicitado que ela mesma retirasse a droga de dentro de si, o que foi por ela atendido. Tratava-se de 25g de maconha embalada em papel de alumínio (fls. 273 e 276).

Conforme jurisprudência desta Corte, caso haja fundadas suspeitas de que o visitante do presídio esteja portando material ilícito, é possível a realização de revista íntima, para fins de segurança, a qual, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso, o detector de metais (revista mecânica) acusou que a agravante portava algo ilícito em si. Diante disso, adotou-se o procedimento de revista pessoal praticado à época. A agravante consentiu em realizar o procedimento e retirou ela própria a maconha que estava escondida em suas partes íntimas. Além disso, o procedimento foi acompanhado por agentes penitenciárias do mesmo sexo da visitante.

Nessas circunstâncias, não se observa ocorrência de qualquer ilegalidade. (...)

Diversamente do que sustenta a defesa, a agravante poderia ter se recusado a se submeter ao procedimento. Entretanto, não teria autorização para adentrar no interior do estabelecimento penal com a

HC 243218 / SP

fundada suspeita de trazer consigo possível coisa ilícita e seria encaminhada para um pronto-socorro para a realização de exame de raio-x.

Cumpra esclarecer que '[e]mbora assegurado expressamente pela Lei de Execução Penal (art. 41, inciso X, da Lei n. 7.210/84), o direito de visita não possui caráter absoluto, sendo indevida sua sobreposição à disciplina interna garantidora da ordem nos presídios, devendo o interesse privado ceder espaço à primazia do interesse público' (HC n. 317.535/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe de 26/2/2016)" (fls. 360-364, e-doc. 2).

10. A Lei Estadual n. 15.552/2014, de São Paulo, dispõe, ao proibir a revista íntima nos visitantes dos estabelecimentos prisionais e disciplinar o procedimento de revista:

"Artigo 3º - Todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica, a qual deverá ser executada, em local reservado, por meio da utilização de equipamentos capazes de garantir segurança ao estabelecimento prisional, tais como:

I - 'scanners' corporais;

II - detectores de metais;

III - aparelhos de raios X;

IV - outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado.

Parágrafo único - Vetado.

Artigo 4º - Na hipótese de suspeita justificada de que o visitante esteja portando objeto ou substância ilícitos, identificada durante o procedimento de revista mecânica, deverão ser tomadas as seguintes providências:

I - o visitante deverá ser novamente submetido à revista mecânica, preferencialmente utilizando-se equipamento diferente do usado na primeira vez, dentre os elencados no artigo 3º da presente lei;

II - persistindo a suspeita prevista do 'caput' deste artigo, o visitante poderá ser impedido de entrar no estabelecimento prisional;

HC 243218 / SP

III - caso insista na visita, será encaminhado a um ambulatório onde um médico realizará os procedimentos adequados para averiguar a suspeita” (constante do sítio eletrônico da Assembleia Legislativa de São Paulo).

10. No caso dos autos, demonstra-se contradição sobre a forma adotada no procedimento, pois, como exposto na sentença e na apelação, nos termos do relato da agente penitenciária, após o detector de metais ser acionado, foi solicitado que a paciente se agachasse e, então, foi constatado algo nas partes íntimas.

Demonstra-se evidente contradição quanto ao procedimento de revista íntima realizado na paciente, pois a fundada suspeita surgiu após a submissão à revista vexatória, além de não ter sido observado o procedimento disciplinado na Lei Estadual n. 15.552/2014.

Ter a paciente retirado a porção de maconha (cerca de 25g) de sua vagina não reveste de legalidade um procedimento ilegal, e não se pode falar em consentimento numa situação como a dos autos. A paciente foi compelida a agachar e, na descoberta de material ilícito nas partes íntimas, foi solicitado que o retirasse. Não há voluntariedade nesse procedimento seguido de entrega de drogas, sendo eventual consentimento inválido, considerando a situação e a vulnerabilidade evidente no caso concreto.

11. Este Supremo Tribunal analisa essa matéria no Agravo em Recurso Extraordinário n. 959.620, Relator o Ministro Edson Fachin, que propôs a seguinte tese: *“É inadmissível a prática vexatória da revista íntima em visitas sociais nos estabelecimentos de segregação compulsória, vedados sob qualquer forma ou modo o desnudamento de visitantes e a abominável inspeção de suas cavidades corporais, e a prova a partir dela obtida é ilícita, não cabendo como escusa a ausência de equipamentos eletrônicos e radioscópicos”.*

HC 243218 / SP

Em sessão virtual de 12.5.2023 a 19.5.2023, me manifestei acompanhando o Relator quanto à manutenção do acórdão absolutório, a fim de negar provimento ao recurso, bem como para declarar inconstitucional a revista íntima que se utiliza de procedimentos humilhantes e vexatórios.

12. O procedimento de revista íntima é inconstitucional, por violar os princípios da não-autoincriminação (al. g, n. 2 do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e inc. LXIII do art. 5º da Constituição da República), da intranscendência das penas (inc. XLV do art. 5º da Constituição da República), da presunção de inocência (inc. LVII do art. 5º da Constituição da República), além de significar afronta aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à honra (inc. X do art. 5º da Constituição da República) e também ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da Constituição da República).

13. Não se mostra razoável, após o acionamento do detector de metais, que se procedesse à revista íntima da paciente, o que caracteriza meio de obtenção de prova ilícito, eivando de ilegalidade a apreensão das drogas. Eventual consentimento não pode ser considerado válido, face à desproporção entre o poderio estatal e uma mulher de baixa renda, baixa escolaridade e vulnerabilizada, tentando visitar um familiar na penitenciária, que foi compelida a agachar e retirar a porção de maconha que guardava nas partes íntimas.

14. Pelo exposto, **concedo a ordem para decretar a ilicitude das provas obtidas, conduzindo-se à absolvição da paciente na Ação Penal n. 0000544-08.2016.8.26.0590, que tramitou na Segunda Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP.**

Oficiem-se, com urgência, ao juízo da Segunda Vara Criminal da

HC 243218 / SP

comarca de São Vicente/SP, à Décima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo e à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça para tomarem ciência desta decisão.

Remetam-se com os ofícios, com urgência e por meio eletrônico, cópias da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 28 de junho de 2024.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Relatora