

EXMO. SR. MINISTRO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
COM REPERCUSSÃO GERAL N. 959.620/MG
(Min. EDSON FACHIN)

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, neste ato representado pelos Presidentes de seu Conselho Deliberativo e de sua Diretoria, por seu diretor de litigância estratégica (Docs. 1 e 2) e por associada membro do grupo de litigância estratégica e por sua assessora de litigância estratégica, todos advogados inscritos na OAB/SP e MG (doc. 3), com fundamento nos arts. 138 e 950, § 3º, do Código de Processo Civil, vem requerer sua admissão como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário acima epigrafado, no estado em que se encontra, ou, que seja esta manifestação encartada nos autos e recebida a título de memoriais.

1. INTRODUÇÃO

Em 1º de junho de 2018, essa C. Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da questão constitucional vertida no Tema 998, assim ementado: “CONSTITUCIONAL.

PENAL. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRÍNCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral”¹.

O INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD) tem estreita relação com essa matéria. Desde 2018, tem desenvolvido o projeto Prova sob Suspeita, que se debruça sobre a precariedade e invalidade das provas admitidas pelo Poder Judiciário no sistema de justiça criminal e com o rotineiro desrespeito aos direitos e garantias individuais advindo de práticas institucionais das polícias e da justiça brasileiras². O projeto, portanto, volta-se a combater a utilização indiscriminada de indícios coletados sem respeito às regras constitucionais e legais, e até mesmo epistemológicas, e que, usualmente, tornam-se o principal ou mesmo único fundamento de condenações criminais.

A aceitação de indícios frágeis e tantas vezes contrários aos direitos e garantias individuais para sustentar condenações serve, hoje, para agravar o quadro de encarceramento em massa e, especialmente no caso em questão, repercute gravemente no âmbito de proteção jurídica das mulheres, que compõem, como é notório, a maioria dos visitantes no sistema prisional³.

¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4956054&numeroProcesso=959620&classeProcesso=ARE&numeroTema=998>, consulta em 09/10/2020.

² Cf. <https://iddd.org.br/projetos/prova-sob-suspeita/> e <http://www.provasobsuspeita.org.br/>

³ A título de exemplo, dados da SSP dão conta de que, no Distrito Federal, havia 25.797 visitantes no sistema prisional, dos quais 6.704 eram homens e 19.093 eram mulheres, fazendo com que as mulheres correspondam a 74,01% dos visitantes. Cf. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/09/29/interna_cidadesdf,792226/conheca-a-dura-rotina-de-mulheres-maes-e-filhas-que-tem-parentes-pres.shtml, consulta em 09/10/2020.

Está dentro do escopo do IDDD, pelo incremento de efetividade ao exercício do direito de defesa em seu sentido mais amplo, composto, entre tantos elementos, pelo direito de não se submeter a procedimento de revista invasiva a fim de exercer o direito de visita a detentos. É nesse sentido que o IDDD integra a campanha da Rede Justiça Criminal pelo fim das revistas vexatórias⁴.

Assim, o Instituto se vê impulsionado a se apresentar a V. Exa. como *amicus curiae*.

A possibilidade jurídica de atuação de *amicus curiae* sai diretamente do disposto no art. 138 do CPC: “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. E, mais especificamente, do art. 950, § 3º, do mesmo Diploma, inserido no capítulo intitulado “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”: “Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

No que concerne ao recurso extraordinário, embora seja procedimento subjetivo, o reconhecimento de Repercussão Geral lhe deu contornos de objetividade (art. 1.030, I, a, CPC). Daí que a admissão de “amigo da Corte” não suscita mais divergência, diante da constatação de que as decisões proferidas em sede recursal por essa C. Corte, definidoras dos contornos da Constituição, atingem, por sua repercussão geral, toda coletividade⁵.

⁴ Cf. <http://www.fimdarevistavexatoria.org.br/>

⁵ Apenas para exemplificar, vide: STF, REx 602.347/MG Rel. Min. EDSON FACHIN, Plenário, J. 4.11.2015.

Postas tais considerações, é preciso consignar que todos os demais requisitos para se aceitar o IDDD como “amigo da Corte” neste processo estão presentes.

O Requerente é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 1); para consecução dessa finalidade, por meio também de atuação em processos judiciais como o presente, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais, previstas no artigo 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal” (art. 3º, *a*, do Estatuto do IDDD, doc. 1).

Insta lembrar que essa C. Corte Suprema já admitiu o IDDD como *amicus curiæ* em diversos casos, não sendo demais apontar referências à atuação do Instituto formuladas por Ministros em numerosos julgamentos⁶. Mais recentemente, essa representatividade foi reafirmada nos autos do *habeas corpus* coletivo n. 143.641⁷, impetrado para amparar o direito de mulheres e crianças previsto no Estatuto da Primeira Infância.

Por fim, trate-se com clareza da questão da tempestividade do pleito ora apresentado, registrando que o feito está pronto para julgamento. Diga-se, para iniciar, que não se ignora a orientação tirada da ADI 4.071, segundo a qual “o *amicus curiæ* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta”.

⁶ Cf. julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (Pleno, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 2.2.2009, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37, DJe 6.6.2007), do HC 85.969 (1ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 4.9.2007, p. 384, DJe 14.9.2007) e, na ADI 4.163, às vésperas do julgamento da referida ação direta, em 24.2.2012, o eminente Min. CEZAR O E. MIN. PELUSO, ainda que rejeitando a admissão do Instituto como “amigo da Corte” por entender ter sido o pedido formulado a destempo, ressaltou estar “demonstrada a capacidade [do IDDD] de contribuir para o debate da matéria” (DJe 29.2.2012); ainda mais recentemente, a admissão do IDDD como *amicus curiæ* nos autos da Reclamação 29.303 (DJe n.268, de 05.12.2019) ou ainda da ADPF 607 (DJe n. 118, de 12.5.2020).

⁷ STF, HC 143.641, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 8.10.2018.

Ocorre que, em diversas outras oportunidades, essa Suprema Corte já admitiu a intervenção de *amici curiæ* cujos requerimentos foram apresentados antes do início do julgamento do feito, embora já houvesse indicação do Relator para inclusão em pauta. Salvo melhor juízo, para admitir *amici* que se apresenta a destempo, a Corte sempre confiou a decisão à discricionariedade do Relator, cabendo a ele firmar a conveniência da atuação para a instrução do feito, o que V. Exa. costumeiramente tem autorizado conforme encontra no postulante representatividade e na matéria sua relevância – o que faz o óbice temporal perder sentido.

Diante da importância de tais temas, centrais na impetração do presente recurso extraordinário, é certo que o IDDD poderá, se admitido, trazer para o julgamento o viés do Direito de Defesa. Adequada, portanto, a admissão do IDDD, *ex vi* da exceção criada à regra assentada na ADI 4.071, sendo certo que neste próprio caso, V. Exa. admitiu o Instituto Terra Trabalho e Cidadania como *amicus curiæ* apesar de o feito ter sido incluído em pauta⁸.

Vejamos.

2. BREVE SÍNTESE FÁTICA

Tratam os presentes autos de agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul (fls. e-STJ 421 e seg.) contra decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul (fls. E-STJ 408-416), que negou seguimento a recurso extraordinário.

⁸ Cf. Evento 105, destes autos.

Sustenta o agravante que a fundamentação do acórdão absolutório afronta, de forma direta, a Constituição, porque toma os direitos à privacidade de forma absoluta, sem cotejá-lo com o direito à segurança (fls. e-STJ 425).

No caso, à recorrida SALETE SUZANA AJARDO DA SILVA foi imputada a prática do delito previsto no art. 33 da Lei Federal n. 11.343/2006. Segundo os autos, em 15 de fevereiro de 2011, a recorrida trouxe consigo aproximadamente 96,09g de maconha ao dar entrada no Presídio Central, em Porto Alegre/RS. A substância foi encontrada por policiais militares no interior de sua vagina durante procedimento de revista ao qual foi submetida ao visitar seu irmão ali recolhido.

Segundo o Auto de Prisão em Flagrante Delito, após receber denúncia anônima de que a recorrida intentava adentrar o Presídio Central portando drogas, agentes penitenciárias a ela impuseram revista íntima, quando foi localizada uma camisinha com a droga e, assim, dada voz de prisão em flagrante (fls. e-STJ 6 e seg.).

A recorrida foi condenada à pena de 1 ano e 11 meses de reclusão em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade (fls. e-STJ 171 e seg.) e sua Defesa técnica interpôs apelação ao E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (fls. e-STJ 201 e seg.). Dentre outros temas, a C. Corte de Apelação considerou a prova ilícita, pois obtida mediante revista vexatória (fls. e-STJ 249 e seg.). Contra esta decisão, o MPRS interpôs recurso especial (fls. e-STJ 348 e seg.) e recurso extraordinário (fls. e-STJ 318 e seg.), este inadmitido pela Segunda Vice-Presidência do e. TJRS (fls. e-STJ 408 e seg.), o que acarretou a interposição do agravo que precedeu o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional vertida no Tema 998.

Como adiante se demonstrará, a revista vexatória é procedimento que desrespeita frontalmente a Constituição Federal e Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Por essa razão, essa prática há de ser banida, como hão de ser declaradas ilícitas todas as provas/elementos porventura advindos dessa repudiável transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3. DO DIREITO DE NÃO SER SUBMETIDO À REVISTA VEXATÓRIA

A prática é comum: em dias de visita, longas filas de visitantes à espera do momento da entrada se formam às margens dos estabelecimentos prisionais. Em comum, cumprem uma série de obrigações estabelecidas pelo Estado em nome da segurança pública. Desde o cadastramento do visitante, passando por modelos de vestimentas, calçados obrigatórios e apresentação de objetos e alimentos de entrada permitida, o direito de visita, previsto no art. 41, X da Lei de Execução Penal, é exaustivamente regulado.

Não é diferente com relação às revistas corporais, que transformam o corpo do visitante em objeto de inspeção quando da entrada no estabelecimento prisional como condição do exercício do direito de visita. Em que pese proibida ou limitada em alguns estados da federação, a submissão de visitantes a revistas permanece corriqueira. Os argumentos passam por alegações de dificuldades operacionais na instalação de equipamentos de escâner corporal e se fundam em autorizações dos Estados⁹.

As revistas corporais, contudo, constituem medida invasiva e vexatória, já descrita perante a Organização das Nações Unidas pelo Relator Especial sobre a Tortura, Sr. JUAN MENDES, como ação estatal que faz recair sobre todo visitante suspeita incompatível com a dignidade da pessoa humana e com a vedação da tortura ou de tratamento desumano e degradante previstos na Constituição da República (art. 1º, III e art. 5º, III).

⁹ Cf. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/05/06/leis-vedam-em-13-estados-mas-revista-vexatoria-ainda-ocorre-ao-menos-dois.htm>

Aliás, “os estudos que deram voz às pessoas submetidas a revistas invasivas e/ou a revistas visuais com remoção total ou parcial de roupas mostram que essas pessoas compreendem a experiência da revista como degradante, abusiva, constrangedora, vergonhosa, humilhante, dentre outros termos”¹⁰.

Isso porque os visitantes, em sua maioria mulheres, devem se despir e se agachar múltiplas vezes sobre espelhos¹¹. Ainda, são forçados a abrir o ânus e a vagina com os dedos para permitir a inspeção¹². Pular, tossir, e outros atos de contratação forçada de musculatura também são exigidos por agentes penitenciários¹³.

A esse respeito, o Relator Especial sobre Tortura da ONU considerou:

“38. Invasive body searches can never be justified on the grounds of aiming to prevent the smuggling of illegal objects, a purpose for which there are less intrusive alternatives. Several international and regional bodies have emphatically rejected their use”¹⁴.

Foi à luz dessa conclusão que o Relator Especial sobre a Tortura também fez a seguinte recomendação ao Brasil:

“(o) Abolish, in law and practice, invasive body searches, pass the currently pending bill (7764/14) and look to other countries for alternative measures”¹⁵.

¹⁰ ALVES, H. N. (2020). Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 1-16. <https://doi.org/10.18593/ejll.23083>

¹¹ DUTRA, Yuri Frederico. “Como se estivesse morrendo”: a prisão e a revista íntima em familiares de reclusos em Florianópolis. [Dissertação de mestrado, UFSC]. Florianópolis, 2008, p. 99-100.

¹² Cf. <https://digitallibrary.un.org/record/831519#record-files-collapse-header>, p. 9.

¹³ BEZERRA, B. B. A. A violação dos espelhos: uma análise acerca da revista vexatória no cárcere. *Revista Transgressões: ciências criminais em debate*, v. 4, n. 2, Novembro 2016, Natal/RN, p. 118.

¹⁴ Cf. <https://digitallibrary.un.org/record/831519#record-files-collapse-header>, p. 9.

¹⁵ Cf. <https://digitallibrary.un.org/record/831519#record-files-collapse-header>, p. 21.

Os *standards* internacionais, assim, circunscrevem a prática da revista vexatória no âmbito da ilicitude material que, conseqüentemente e como se verá, acarreta na inadmissibilidade da prova.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos e da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, no âmbito das Nações Unidas, e ainda as obtidas a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, têm força vinculante de *status* supralegal. Portanto, elas formam junto com a Constituição da República o arcabouço jurídico protetivo da integridade física, da honra, da privacidade e da intimidade das pessoas presas e seus visitantes que deve subsidiar a interpretação do caso em exame. Do direito comparado, a interpretação dada pela Corte Europeia de Direitos Humanos à Convenção Europeia de Direitos Humanos serve de norte e baliza para o mesmo fim.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela) são claras no sentido de que, embora não proibidas, as revistas não podem ser degradantes. Daí porque revistas em partes íntimas somente são admitidas diante da demonstração de sua absoluta necessidade. Métodos não invasivos, ao contrário das revistas vexatórias, são os únicos constitucionalmente proporcionais e adequados à finalidade de proteção da segurança (Regra 60, 50 e 52).

A Corte Europeia de Direitos Humanos teve oportunidade de julgar, pelo menos uma vez, caso de violação do direito à intimidade pela prática de revista invasiva. No caso *Wainwright e filho v. Reino Unido*, a Corte consignou que a revista invasiva, por constituir violação do direito à intimidade previsto no art. 8º (2), da Convenção Europeia de Direitos Humanos depende de justificação. Da forma como feitas, tais buscas não seriam proporcionais, mas atentatórias à dignidade das pessoas revistas por descumprimento do requisito da necessidade que justificaria a intervenção no âmbito da privacidade¹⁶.

¹⁶ Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI7REVISTANTIMArevisado.pdf>

Por sua vez, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em duas ocasiões debruçou-se sobre o problema das revistas vexatórias em visitantes do sistema prisional. No já conhecido caso 10.506¹⁷, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não ter determinado a abolição da prática da revista invasiva, estabeleceu requisitos para que esta possa ocorrer em consonância com os direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Tais critérios, em concordância com a disciplina das Regras de Mandela, são calcados na legalidade das limitações aos direitos, em sua necessidade para segurança de todos em uma sociedade democrática e na razoabilidade da medida.

Destaca-se que o critério da razoabilidade, segundo a CIDH, desdobra-se em outros quatro requisitos: a necessidade absoluta da medida em um caso individual, a inexistência de alternativa, a existência de um mandado judicial e a realização por profissionais de saúde. Sobre o primeiro ponto, a CIDH assim disciplinou:

73. A Comissão opina que esse procedimento não deve ser aplicado, salvo se for absolutamente necessário para alcançar o objetivo de segurança num caso em particular. O requisito de necessidade significa que as revistas e inspeções dessa natureza só devem ser efetuadas em casos específicos, **quando existem razões para acreditar na existência de perigo real para a segurança ou que a pessoa de que se trate possa estar transportando substâncias ilícitas**¹⁸.

O requisito da alternatividade adquiriu, por sua vez, autêntica importância no panorama geral da decisão da CIDH em 1996. Em 2020, quando finalmente essa C. Suprema Corte se debruçou sobre a matéria, desta vez para fixar tese sobre a ilicitude da prova obtida por meio da revista, o reconhecimento da existência de meios menos

¹⁷ A decisão no caso foi expresamente mencionada pela CIDH também no Informe de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas de 1998. Cf. <http://www.cidh.oas.org/women/Mujeres98/Capitulo1.htm>

¹⁸ Cf. <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>, destacamos.

gravosos de tutela da segurança pública no âmbito do sistema prisional registrou a repulsa legal aos meios invasivos da revista vexatória.

Por outro lado, exige a CIDH a existência de ordem judicial ou, a partir da legalidade, de um regramento legítimo que discipline as exceções a tal exigência:

“82. Em quase todos os sistemas legais internos do Continente, existe o requisito de que os agentes policiais ou o pessoal de segurança estejam munidos de mandado para realizar certas ações que se consideram especialmente intrusivas ou que dão margem à possibilidade de abuso. Um exemplo claro é a prática segundo a qual o domicílio de uma pessoa goza de proteção especial e não pode ser invadido sem o devido mandado de busca. **A inspeção vaginal, por sua natureza, constitui uma intrusão tão íntima do corpo de uma pessoa, que exige proteção especial. Quando não existe controle e quando a decisão de submeter uma pessoa a esse tipo de revista íntima depende da discricção total da polícia ou do pessoal de segurança, existe a possibilidade de que a prática seja utilizada em circunstâncias desnecessárias, sirva de meio de intimidação e constitua alguma forma de abuso.** A determinação de que este tipo de inspeção é um requisito necessário para a visita de contato pessoal deveria emanar, em todos os casos, da autoridade judicial”¹⁹.

Não é diferente a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, no Caso do *Centro Penal Miguel Castro Castro vs. Peru*, afirmou que a revista invasiva realizada por agentes do Estado mediante penetração das mãos na vagina da vítima constituiu ainda violência sexual²⁰.

É preciso, portanto, observar que, em que pese a existência de autorização excepcional para a realização da revista invasiva pelos órgãos do SIDH, requisitos muito taxativos tornam a prática, tal como realizada no Brasil ainda hoje em muitos estados,

¹⁹ “A Comissão considera que as exceções a esta regra deveriam estar expressamente estabelecidas por lei” Cf. <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>, grifamos.

²⁰ Cf. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf

absolutamente avessa à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nas palavras de ALVES:

“A prática do Sistema Interamericano como um todo mostra, portanto, que muito dificilmente a revista invasiva poderá ser aplicada de modo coerente com a proteção de direitos das pessoas privadas de liberdade e dos familiares ou amigos que as visitam – em particular dos direitos à integridade física e psíquica, à proteção da honra e da dignidade e à proteção da família previstos nos artigos 5, 11 e 17 da Convenção Americana (e, quando aplicável, a proteção da condição do menor prevista no artigo 19 do mesmo tratado)”²¹.

É que não é lícito admitir-se a prática generalizada de revistas íntimas no sistema prisional como condição para o exercício do direito de visita. Viola-se, com isso, a Convenção Americana e, também, a Constituição da República, que a recepcionou com *status* supralegal.

Guardiã da Carta Constitucional, essa C. Corte é enfática na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, como se vê de r. decisão da eminente Ministra CARMEM LÚCIA ao julgar a Suspensão de Liminar n. 1.153/SC:

“Na esteira dessa jurisprudência [Recurso Extraordinário com Agravo n. 832.823/SP, DJe 3.8.2015], cumpre reconhecer o dever de o Estado implementar as medidas necessárias para que as revistas íntimas em presídios deixem de ser realizadas de forma vexatória e degradante aos visitantes, dotando-se de efetividade o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (...) **Há meios menos invasivos de impedir a entrada de itens proibidos no presídios**, como, por exemplo a realização de revistas pessoais que não incluam técnicas humilhantes, ou com a utilização de scanners corporais e máquinas de raio-X”²².

²¹ ALVES, H. N. (2020). Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, 1-16. <https://doi.org/10.18593/ejil.23083>, p. 14.

²² SL 1153 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 15-05-2019 PUBLIC 16-05-2019.

A noção da existência de meios menos invasivo é expressão máxima do princípio da proporcionalidade que rege a ponderação entre direitos constitucionais como no caso em exame. Preciosa lição do eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO para quem devem estar presentes os requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: “(...) pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”²³.

A revista vexatória já se mostra inviável já no primeiro dos subprincípios da proporcionalidade. A medida não é adequada, pois com ela não se atinge o intento de reduzir ou eliminar a presença de drogas, telefones celulares e outros objetos ilícitos dentro do sistema prisional.

De fato, dados da Secretaria de Administração Penitenciária informavam, em 2012, que em ínfimos **0,02%** das 3,5 milhões de revistas realizadas foram apreendidos aparelhos celulares ou drogas com visitantes²⁴.

Comparando esse índice com a enorme quantidade de objetos ilícitos que circulam em presídios, é forçoso concluir que jamais seria com a revista íntima/vexatória que se alcançaria algum sucesso nesse intento.

Daí a falta de adequação.

A exigibilidade é empecilho ainda mais forte. Como existem meios menos invasivos (o escâner corporal é um deles), jamais será exigível a revista íntima, jamais será lícito

²³ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva, 1996, p. 204, *apud* SUANNES, A. “Provas eticamente inadmissíveis no processo penal”. In. NUCCI, G. S. et al (org). *Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Penal*, v. III. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

²⁴ <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-2015-web.pdf>

fazer com que a mulher fique nua e agache sobre um espelho; jamais será lícito pedir a alguém que use as mãos para abrir e exibir seus orifícios genitais. Jamais!

No que toca à proporcionalidade em sentido estrito, já são graves os impactos das revistas vexatórias sobre a proteção jurídica dos familiares de pessoas presas e visitantes das pessoas presas em geral. É patente violação de direitos humanos, sem qualquer benefício para a segurança pública em geral.

É patente a inconstitucionalidade das revistas vexatórias, que não de ser reconhecidas por essa C. Corte Constitucional.

4. AS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE REVISTA VEXATÓRIA SÃO NULAS!

Como a revista vexatória ofende garantias fundamentais, é evidente que eventual evidência dela decorrente é absolutamente imprestável, incapaz de fundamentar pretensão jurídica. É prova ilícita, e, pois, inadmissível por força do art. 5º, LVI, da Carta da República.

A regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não comporta mediação! O que é ilícito é inaproveitável.

Pouco importa se houve ofensa ao direito material – como a revista vexatória em si ou, ainda exemplificativamente, a busca em domicílio sem ordem judicial – ou se houve violação de lei processual. Numa ou noutra hipótese não se pode transigir! A liturgia do processo não cede espaço para a remendos, para remediação.

Antes, a prova ilícita deve se ter por inadmissível como forma de manter o próprio Poder do Estado dentro dos limites impostos pelos direitos e garantias individuais. Como leciona o Prof. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

“(…) trata-se de cláusula que reproduz a ideia desenvolvida pela jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que **somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais pode servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção**”²⁵.

ADA GRINOVER, citada na mesma obra, já lecionava ser:

“(…) inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a **prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade**”²⁶.

É que o poder de investigar, processar e punir só se legitima na obediência fiel ao devido processo legal, sem o que o exercício do poder do Estado se contrapõe à própria Constituição. O rompimento com o *rule of law* promovido pela obtenção da prova por meios ofensivos aos direitos e garantias constitucionais não pode ser convalidado, mas sujeita-se à regra de exclusão como intensa expressão do princípio do devido processo legal.

A Constituição da República, com clareza solar, ao instituir a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabeleceu comando proibitivo ao Poder Judiciário, ao passo que conferiu ao indivíduo o direito fundamental de não ser investigado, processado e condenado com base em elementos decorrentes de desobediência às regras de direito material e substancial.

²⁵ GOMES FILHO, A. M. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. In. NUCCI, G. S. et al (org). Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Penal, v. III. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 216.

²⁶ GRINOVER, A. P. Liberdade públicas e processo penal: as interceptações telefônicas, 2. Ed, São Paulo: RT, 1982, p. 150, *apud* GOMES FILHO, A. M. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. In. NUCCI, G. S. et al (org). Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Penal, v. III. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 214.

Não se pode extrair eficácia jurídica da ilicitude decorrente de lesão a direitos fundamentais. É que, nos dizeres do Ministro CELSO DE MELLO, “**prova ilícita é prova inidônea**. Mais que isso, **prova ilícita é prova imprestável**” (grifos do autor).²⁷

E nem há que se invocar o princípio da proporcionalidade para permitir a utilização da prova ilícita, pois que sua admissibilidade estaria circunscrita às hipóteses em que a ilicitude é superada em favor do acusado, nunca em seu desfavor²⁸.

A revista vexatória como violação de direitos humanos deve ser extirpada da prática brasileira e, igualmente, todo ato ou fato jurídico dela decorrente deve ser descartado.

É que do reconhecimento de que a revista constitui tratamento desumano e degradante implica tratá-la como preconizado pela Constituição da República, em seu art. 5º, III e LVI, pelo artigo 16 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, inserida em nossa legislação pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, e pelo art. 157 do Código de Processo Penal.

Assim, não faz sentido que um ato violador de direitos humanos seja convalidado a fim de produzir efeitos jurídicos como prova processual penal!

Foi esta a compreensão do eminente Ministro EDSON FACHIN, quando votou pela concessão de ofício da ordem no Agravo em *Habeas Corpus* n. 186.373/SP que tratava do mesmo tema objeto deste recurso:

²⁷ STF. HC 93050, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700, p. 721.

²⁸ LOPES JR., A. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 597-598.

“1-Ofende a dignidade da pessoa humana a revista vexatória a que estão submetidas as pessoas que ingressam no estabelecimento prisional para visitaçã, por força do art. 5º, caput, CRFB;

2- Ofende a intimidade à honra, a revista íntima que determina, indiscriminadamente, o desnudamento e o agachamento e/ou pulos como condição para visitaçã da pessoa presa no sistema de justiça penal (art. 5º, X, CRFB);

3- A revista vexatória confere tratamento desumano e degradante (art.5º, III, CRFB);

4- As normas convencionais internalizadas vedam tratamento desumano e degradante;

5- No âmbito estadual, a revista íntima implementada na CDP de São Vicente/SP é dissonante das diretrizes estabelecidas pela Lei Estadual 15.552/2014, que proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais;

6- À luz do art. 157, *caput*, CPP “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violaçã a normas constitucionais e legais”²⁹.

E, em discussões análogas, esse E. Supremo Tribunal Federal por diversas vezes assentou a ilicitude da prova obtida mediante violaçã de direitos fundamentais.

Veja-se, a título de exemplo, excerto do voto do eminente Ministro MARCO AURÉLIO em recente decisã sobre a nulidade da prova obtida mediante violaçã de correspondência:

“Não vivêssemos tempos estranhos seria desnecessário discutir se a inviolabilidade a envolver a intimidade, a privacidade e a livre expressã deve ou não ser flexibilizada. É inadequado manejar argumentos metajurídicos – no caso a suspeita quanto ao conteúdo do pacote –, no afastamento de garantia constitucional cujos contornos devem ser preservados”³⁰.

²⁹ HC 186373 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-08-2020 PUBLIC 18-08-2020.

³⁰ Cf. RE 1.116.949: “Ementa: CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. **PROVA OBTIDA POR MEIO DE ABERTURA DE ENCOMENDA POSTADA NOS CORREIOS. DIREITO AO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. RESERVA DE LEI E DE JURISDIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE**

Lição definitiva se obtém das palavras do eminente Ministro CELSO DE MELLO ao repelir, em respeito à Constituição, a admissibilidade de prova ilícita e da ilícita por derivação, cuja excerto da ementa ora se transcreve:

“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova e sede processual penal.

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. [...]

A exclusão da prova originariamente ilícita — ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação — representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. [...]

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias

JULGA PROCEDENTE. 1. Além da reserva de jurisdição, é possível ao legislador definir as hipóteses fáticas em que a atuação das autoridades públicas não seriam equiparáveis à violação do sigilo a fim de assegurar o funcionamento regular dos correios. 2. Tese fixada: “**sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.**” 3. Recurso extraordinário julgado procedente. (RE 1116949, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 01-10-2020 PUBLIC 02-10-2020).

constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. [...] (HC 93.050, rel. min. Celso de Mello, j. 10-6-2008, 2ª T, DJE de 1º-8-2008)³¹.

O reconhecimento da ilicitude da prova obtida mediante revista vexatória não destoa, como se vê, da jurisprudência dessa C. Suprema Corte.

Fica evidente, pois, que não é possível o aproveitamento da prova obtida em violação à Constituição Federal, como é o caso de eventual material obtido a partir de revista vexatória.

Por esse motivo, o IDDD requer a essa C. Suprema Corte que fixe entendimento no sentido de considerar a prática de revista vexatória violadora das regras constitucionais e convencionais com a consequente invalidação, por sua patente ilicitude, de todo o material eventualmente obtido.

5. PEDIDOS

Por todo o exposto, o IDDD requer:

- a)** seja o presente pedido de admissão do Peticionário como “amigo da Corte” deferido, possibilitando o ingresso do Instituto no feito, permitindo sua atuação, deferindo-se a possibilidade de apresentação de memoriais, bem como a realização de sustentação oral, intimando-se os advogados abaixo nominados de todos os atos do processo;

- b)** alternativamente, seja este pedido desde já recebido como memoriais;

³¹ STF, HC 93.050, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 10-6-2008, 2ª T, DJe 1.8.2008.

- c) seja dado provimento ao Recurso Extraordinário, a fim de reconhecer a nulidade da prova obtida mediante revista vexatória, fixando-se a orientação de ilegalidade das revistas invasivas.

Pede deferimento.

De São Paulo a Brasília, 20 de outubro de 2020



FLÁVIA RAHAL
Presidente do conselho deliberativo
OAB/SP 118.584



HUGO LEONARDO
Presidente da diretoria executiva
OAB/SP 252.869



GUILHERME ZILIANI CARNELÓS
Diretor de litigância estratégica
OAB/SP 220.558



DOMITILA KÖHLER
Membro do grupo de litigância estratégica
OAB/SP 207.669



CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES
Assessora de litigância estratégica
OAB/MG 122.057