

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ÉDER PEREIRA DE ASSIS

**DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E O DIREITO A NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO – *NEMO TENETUR SE DETEGERE* - NO TOCANTE ÀS
INTERVENÇÕES CORPORAIS.**

**Brasília – DF
2014**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ÉDER PEREIRA DE ASSIS

**DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E O DIREITO A NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO – *NEMO TENETUR SE DETEGERE* - NO TOCANTE ÀS
INTERVENÇÕES CORPORAIS.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no programa de Mestrado Acadêmico “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora Prof^a. Dr^a. Soraia da Rosa Mendes.

**Brasília – DF
2014**

ÉDER PEREIRA DE ASSIS

**DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E O DIREITO A NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO – *NEMO TENETUR SE DETEGERE* - NO TOCANTE ÀS
INTERVENÇÕES CORPORAIS.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no programa de Mestrado Acadêmico “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora Prof^a. Dr^a. Soraia da Rosa Mendes.

Aprovada pelos membros da Banca Examinadora em 21/08/2014.

Banca Examinadora:

Presidente: Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes

Membro: Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva

Membro: Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger

**A meus pais, José Joaquim (*in memoriam*) e
Terezinha, por todo o amor, dedicação e sacrifício.**

AGRADECIMENTOS

Ao Rei dos Reis, Senhor e Salvador, fortaleza e refúgio, a quem sirvo e que inunda minha vida e a de minha família de inúmeras bênçãos.

À minha amada esposa, companheira de todas as horas, que por tantas noites suportou a solidão de minhas constantes viagens, ou mesmo, das incessantes pesquisas e atividades.

Ao nosso já amado bebê, ainda no ventre de minha esposa, bênção do Senhor e que alegrará e fortalecerá ainda mais o nosso Lar e a nossa família.

À minha família, por moldar meu caráter, e pelo apoio, orações e votos de confiança.

À UNED de Diamantino/MT, por acreditar no ensino superior do interior do Estado de Mato Grosso e investir na qualificação de seus docentes, a quem possui uma dívida impagável de gratidão.

Aos docentes do programa de Mestrado do IDP por despertarem a inquietação pela pesquisa e pelo conhecimento, bem como, a todos os funcionários desta renomada instituição que, em suas diversas áreas e atividades, sempre contribuíram.

À minha orientadora Dr.^a Soraia da Rosa Mendes, sempre atenciosa e sensível, e acima de tudo, extremamente competente e comprometida, parte fundamental no desenvolvimento desta dissertação.

Ao meu amigo e companheiro de viagens Prof. Kadd Haeg Maciel, que suportou comigo todas as dificuldades, e até mais, com a dolorosa perda de seu amado pai Durval Maciel durante o cumprimento dos créditos do programa, que descansa em paz.

Aos amigos Humberto Massahiro Nanaka, Fabrício Rios e Antonio Macho Quirós pelo apoio na obtenção de obras e material para o desenvolvimento da pesquisa, sem os quais tal tarefa teria sido ainda mais laboriosa.

“Loucura? Sonho? Tudo é loucura ou sonho no começo. Nada do que o homem fez no mundo teve início de outra maneira, mas tantos sonhos se realizaram que não temos o direito de duvidar de nenhum.”

Monteiro Lobato.

RESUMO

O presente trabalho aborda discussão acerca da colisão de direitos fundamentais, de um lado o interesse social por uma persecução penal eficiente, e de outro, o interesse particular do cidadão em ver assegurados seus direitos e garantias constitucionais, em especial, o direito a não autoincriminação. Nesse sentido, o debate quanto ao processo penal-constitucional pautado no garantismo penal tem como referencial teórico a obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli, além de Antônio Scarance Fernandes, Ada Pellegrini Grinover, e outros, onde se verifica o uso crescente da tecnologia como aliada da persecução penalna obtenção de provas periciais incidentes sobre o corpo humano de forma invasiva ou não invasiva, entrando em colisão com direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a integridade ou intimidade corporal, a honra, a autodeterminação informacional e o direito a não autoincriminação. O posicionamento do STF acerca do *nemo tenetur se detegere* abarca o direito ao silêncio e o de não produzir nem permitir que se produzam provas autoincriminatórias, especialmente quando invasivas ao corpo humano. Posicionamento diverso, adotam certos ordenamentos estrangeiros como Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Argentina, Colômbia, Uruguai, Chile e Peru, que mesmo reconhecendo o direito a não autoincriminação, admitem expressamente o emprego de intervenções corporais invasivas e em sua grande maioria, ainda que dissentidas, com supedâneo no princípio da proporcionalidade. A ausência de expressa e idônea regulação legal das intervenções corporais no Brasil há muito era objeto de debate doutrinário e com a entrada em vigor da Lei 12.654/2012, verificam-se defensores do cumprimento de tal regulação quanto às intervenções corporais invasivas para extração/colheita de material biológico e obtenção de perfil genético para armazenamento em Banco de Dados de DNA. E opositores que sustentam que a normativa não se apresenta como regulação idônea e suficiente de tais medidas incidentes sobre o corpo humano e violadoras de direitos fundamentais, revelando deficiências insanáveis. Com a demonstração da dupla dimensão dos direitos fundamentais em jogo, de um lado o direito à prova e do outro o direito a não autoincriminação, buscou-se a verificação de possíveis restrições ao último em seu plano principiológico, com supedâneo na Teoria da Ponderação de Alexy e com emprego do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A doutrina pátria, com forte inspiração no direito comparado, vem traçando requisitos para admissibilidade das intervenções corporais, e ao submeter a Lei 12.654/2012 aos mesmos, constatou-se que a normativa não os cumpre integralmente, não passando pela chancela do princípio da proporcionalidade, restando demonstrada a inconstitucionalidade da lei por afronta a direitos fundamentais, o que ainda não foi objeto de pronunciamento expresso pelo STF.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito a produção de prova. Direito a não autoincriminação. Intervenções corporais. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work touches upon the discussion about a collision of fundamental rights, on one side the social interest for an efficient criminal prosecution, and on the other, the private interest of citizens to see their constitutional rights and guarantees insured, in particular, the right to not self-incriminate. In that sense, the debate on the penal-constitutional process marked by guarantee of right to trial has as its theoretical reference the work "Right and Reason" by Luigi Ferrajoli, as well as Antônio Scarance Fernandes, Ada Pellegrini Grinover, and others, where we verify the growing usage of technology as an ally of criminal prosecution in obtaining expert evidence inciding on the human body in invasive or non-invasive form, colliding with fundamental rights such as dignity of the human person, bodily integrity or intimacy, honor, informational autodetermination and the right to not self-incriminate. STF's position about the *nemo tenetur se detegere* covers the right to silence and the right not to produce nor allow others to produce self-incriminating evidence, especially when they are invasive to the human body. A diverse positioning is adopted by certain foreign planning arrangements such as Germany, Spain, Italy, Portugal, Argentina, Colombia, Uruguay, Chile and Peru, which even while recognizing the right to not self-incriminate, expressly admit the use of invasive bodily interventions and in their majority, though not agreed upon, having a basis on the principle of proportionality. The absence of an express and suitable legal regulation of bodily interventions in Brazil has long been object for doctrinal debate, and with the coming into effect of Law 12.654/2012, some defenders were identified, of the enforcing of such regulation pertaining to invasive bodily interventions for extraction/collection of biological material and for obtaining genetic profiles to store in DNA Data Banks. And objectors who maintain that the regulation doesn't present itself as suitable and sufficient of such measures which incide on the human body and violate fundamental rights, revealing irremediable deficiencies. With the demonstration of the double dimension of the fundamental rights at stake, on one side the right of proof and on the other the right to not self-incriminate, we sought to verify the possible restrictions to the latter on the principles sphere, with basis on Alexy's Theory and with the employment of the principle of proportionality and its subprinciples of adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. The homeland doctrine, with a strong inspiration on compared right, has been outlining requisites for the admissibility of bodily interventions, and by submitting Law 12.654/2012 to the same, it was determined that the normative doesn't fully carry them out, not getting the approval of the principle of proportionality, which demonstrates the unconstitutionality of the law for going against fundamental rights, which hasn't been the object of any express declarations by STF as of yet.

Keywords: Fundamental rights. Right to proof production. Right to not self-incriminate. Bodily interventions. Principle of proportionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACTC	Acórdão do Tribunal Constitucional Português
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADN	Ácido Desoxirribonucleico
AGRESP	Agravo Regimental em Recurso Especial
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AP	Ação Penal
ATC	Autos del Tribunal Constitucional Espanhol
ATS	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Espanhol
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal Alemão)
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> (Sentenças do Tribunal Supremo Federal Alemão)
BNDG	Banco Nacional de Dados Genéticos Argentino
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal Alemão)
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgerichtsentscheidung</i> (Sentenças Tribunal Constitucional Federal Alemão)
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CB	Constituição Brasileira
CE	Constituição Espanhola
CEDH	Convenção Européia de Direitos Humanos
CNCrimyCorrFed	Câmara Federal Criminal e Correccional de Capital Federal Argentina
CNPE	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Corte Suprema de Justiça Argentina)
CODIS	Combined DNA Index System
CP	Código Penal

CPP	Código de Processo Penal
CPPBA	Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires
CPPN	Código Procesal Penal de la Nación Argentina
CPR	Constitución Política de la República de Chile
CR	Constituição da República
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación – República Argentina
DJ	Diário de Justiça
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
F.J.	Fundamento Jurídico
FF.JJ	Fundamentos Jurídicos
HC	Habeas Corpus
HCEX	Habeas Corpus Extensão
HCML	Habeas Corpus Medida Liminar
HCPR	Habeas Corpus Pedido de Reconsideração
LECrim	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i> Espanhola
LGHeilBronn	<i>Landgericht HeilBronn</i> (Tribunal Distrital de Heilbronn)
LO	Lei Orgânica Espanhola
LPrP	Lei Processual Penal Alemã
MS	Mandado de Segurança
MSMC	Mandado de Segurança Medida Cautelar
MSPR	Mandado de Segurança Pedido de Reconsideração
NDIS	National DNA Index System
NDNAD	National DNA Database
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (Nova Revista Semanal Legal)

NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (Nova Revista de Direito Penal)
RD	Regio Decreto
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RJ	Repertório de Jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol
RJA	Repertório de Jurisprudência Aranzadi
RT	Revista dos Tribunais
RTC	Revista do Tribunal Constitucional Espanhol
SINADN	Sistema Nacional de Registros de ADN Chileno
SS.	Sentenças
STC	Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol
STC	Sentença do Tribunal Constitucional Peruano
STF	Supremo Tribunal Federal
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (Ordenação Processual Penal Alemã)
STS	Sentença do Tribunal Supremo Espanhol
T.S.	Tribunal Supremo Constitucional Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNESP	Universidade do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITO A PROVA E DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	18
1.1 DIREITO À PROVA ENQUANTO DESDOBRAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	18
1.1.1 Noções introdutórias aos sistemas ou métodos probatórios	18
1.1.2 Da verdade e sua valoração frente ao direito à prova no Estado Democrático de Direito	20
1.2 O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>)	28
1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	28
1.2.1.1 Na antiguidade	28
1.2.1.2 No direito canônico	32
1.2.1.3 Nos países do <i>common law</i>	35
1.2.1.4 No direito brasileiro	40
1.2.2 CONTORNOS DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>)	43
1.3 DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS ENQUANTO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À PROVA	49
1.3.1 Noções conceituais	49
2 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>) E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO COMPARADO – EUROPA E AMÉRICA DO SUL	58
2.1 EUROPA	58
2.1.1 Alemanha	58
2.1.2 Espanha	69
2.1.3 Itália	85
2.1.4 Portugal	93
2.2 AMÉRICA DO SUL	99
2.2.1 Argentina	99
2.2.2 Uruguai	109
2.2.3 Colômbia	115
2.2.4 Chile	124
2.2.5 Peru	130

3 DO RECONHECIMENTO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – E O CONFLITO COM O DIREITO À PROVA.....	140
3.1 AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	145
3.2 A LEI Nº 12.654/2012 E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS CONSISTENTES NA EXTRAÇÃO DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO.....	155
3.3 DO BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS INTRODUIDO PELA LEI Nº 12.654/2012	169
3.4 DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO TOCANTE ÀS INTERVENÇÕES CORPORAIS	182
3.5 DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA ADMISSÃO DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS.....	195
CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	217

INTRODUÇÃO

O processo penal, enquanto instrumento utilizado para aplicação do direito material ao caso concreto, há muito apresenta embate entre o eficientismo penal e o garantismo penal.

De um lado, o eficientismo penal comprometido com a aplicação do direito penal, com a elucidação dos fatos e com a responsabilização dos agentes, enquanto dever do Estado de proporcionar uma proteção eficaz aos direitos fundamentais e às estruturas sociais, muitas das vezes, posicionando-se pela prevalência do interesse social sobre o interesse particular dos envolvidos, em especial, do imputado.

E do outro, o garantismo penal comprometido com um processo penal regido pela separação das funções essenciais de acusação, defesa e julgamento, e mais do que isso, com o ônus probatório a cargo de quem possui interesse na comprovação do fato ou da alegação, e com a estrita observância aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, enquanto consectário do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório.

Nesse diapasão, tal embate acentua-se entre o direito à produção de prova, enquanto desdobramento do direito de ação e defesa, integrantes do devido processo legal e do contraditório, e o direito a não autoincriminação, integrante da ampla defesa, e demais direitos fundamentais correlatos, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade, a honra, a liberdade de autodeterminação, dentre outros.

Verifica-se que o tema proposto guarda estrita relação com assunto de reconhecida complexidade e atualidade, onde o eficientismo do processo penal encontra-se em amplo desenvolvimento tanto nos diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros analisados, quanto no brasileiro, com a investigação policial e instrução criminal cada vez mais aliadas à tecnologia, socorrendo-se de provas técnicas e científicas, buscando o esclarecimento dos fatos e da autoria delitiva, tais como os exames laboratoriais, as provas obtidas a partir do DNA humano, dentre outras.

E a busca por tal eficiência na *persecutio criminis*, muitas das vezes, caminha na contramão da realização de um processo penal pautado na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente, do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), que assegura basicamente ao cidadão o direito de não produzir, nem de permitir que se produza por terceiros, provas que

possam autoincriminá-lo, enquanto estrutura basilar de um processo penal-constitucional concebido a partir do garantismo penal.

O que resta evidenciado ao tratar-se de provas técnico-científicas cujos elementos a serem periciados dependem de obtenção junto ao corpo humano, de forma invasiva, por meio das denominadas intervenções corporais que agredem alguns dos bens jurídicos de maior relevância ao cidadão.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem por objetivo a demonstração da conflitância entre o direito à produção de prova decorrente de intervenções corporais e o direito a não autoincriminação; e por hipótese, a demonstração da inadmissibilidade de tais medidas incidentes sobre o corpo humano no ordenamento jurídico brasileiro, quando consideradas invasivas e dissentidas pelo cidadão, além da inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, enquanto normativa pretensamente regulamentadora.

Justificada a opção pelo tema e evidenciada a atualidade da problemática que o envolve, necessário consignar o método de pesquisa desenvolvido consistente em revisão bibliográfica com consulta a doutrina estrangeira, como Ferrajoli, Malatesta, Mittermaier, Carnelutti, Gössel, Alexy, Etxeberría Guridi, Gil Hernández, Gómez Amigo, Roberto Falcone, Nicolás Gonzáles-Cuéllar Serrano, dentre outros; e a doutrina nacional, como Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gonet Branco, Guilherme Lauria Tucci, Adalberto Q. T. Camargo Aranha, Aury Lopes Jr., José Cláudio Couceiro, Pedro Taques, Maria Elizabeth Queijo, Wagner Marteleto Filho, Paulo Mário Canabarro Trois Neto, Carlos Henrique Borlido Haddad, André Luiz Callegari, Adriana Espíndola Côrrea, dentre outros.

Muito embora o trabalho consista fundamentalmente em revisão bibliográfica, como ponto de apoio utiliza-se de pesquisa de julgados do Supremo Tribunal Federal junto ao seu site oficial, pesquisa esta que não tem por objetivo um estudo exauriente da matéria, mas apenas a demonstração do entendimento atualmente preponderante na Corte Suprema brasileira acerca do direito a prova e o direito a não autoincriminação, fazendo-se necessário mencionar a ausência de pesquisa de julgados junto a outros Tribunais Pátrios por corte metodológico e, como já mencionado linhas retro, por não ter a mesma intenção de levantamento exaustivo de julgados.

Quanto ao desenvolvimento do trabalho, optou-se pela divisão em três capítulos, onde o primeiro, intitulado *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITO A PROVA, E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)*, aborda o direito à prova enquanto desdobramento do Estado Democrático de Direito, delineando noções introdutórias aos sistemas ou métodos probatórios, tratando em seguida, da verdade e sua valoração frente ao direito à prova, e do direito a não autoincriminação com seus antecedentes históricos, contornos e alcance; além das noções conceituais e classificações das intervenções corporais, com amparo na doutrina estrangeira e pátria.

Já no segundo capítulo intitulado *O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE) E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO COMPARADO – EUROPA E AMÉRICA DO SUL*, desenvolve-se pesquisa acerca do tratamento das intervenções corporais e do reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* na Europa, compreendendo a Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, bem como na América do Sul, compreendendo Argentina, Uruguai, Colômbia, Chile e Peru, optando-se por não abordar os países do *common law*, primeiramente, pelas substanciais diferenças de tratamento do instituto do *nemo tenetur se detegere*, em relação ao instituto naqueles concebido como o “*the privilege against self incrimination*”, o que demandaria um estudo mais detido do assunto e demonstra-se inviável ao fechamento do trabalho e, por fim, pelo necessário corte metodológico aplicado à pesquisa.

No terceiro e último capítulo intitulado *DO RECONHECIMENTO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – E O CONFLITO COM O DIREITO À PROVA*, analisa-se o desenvolvimento e expresso reconhecimento do direito a não autoincriminação no direito brasileiro, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, prosseguindo com a análise das intervenções corporais no ordenamento jurídico pátrio e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca de tais medidas.

Prosseguindo no terceiro capítulo, trata-se das intervenções corporais consistentes na extração de material biológico para obtenção de perfil genético a partir da Lei nº 12.654/2012, e a profunda discussão doutrinária acerca da afronta ao direito a não autoincriminação e demais direitos fundamentais correlatos, já que a norma prevê a possibilidade de submissão coercitiva do indiciado/condenado a tais

medidas destinadas a obtenção de DNA e a previsão de criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos abastecido a partir de informações do DNA humano, apoiando tal ponto no direito comparado tratado no capítulo segundo e em doutrina pátria e estrangeira, abordando ainda, a interdisciplinaridade do processo penal com o biodireito e com diplomas internacionais que traçam os princípios regentes e restrições quanto a utilização do genoma humano para pesquisas, exames e procedimentos.

Por derradeiro, e como ponto principal da pesquisa, inclusive, justificando a adoção do tema, aborda o conflito entre o direito à produção de prova e o direito a não autoincriminação no tocante às intervenções corporais, onde se debate com os capítulos anteriores, inicialmente com as disposições do primeiro, discutindo o direito à prova no Estado Democrático de Direito, limitações e direitos correlatos, além do desenvolvimento e contornos do *nemo tenetur se detegere*, partindo-se para o tratamento dado às intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado.

A partir de tal análise, verifica-se a possibilidade de barreiras ou restrições a direitos e garantias fundamentais, especialmente, do *nemo tenetur se detegere*, a partir da consideração das dimensões e estruturas normativas dos mesmos, concluindo com a submissão das intervenções corporais invasivas e coercitivas no ordenamento jurídico pátrio e Lei nº 12.654/2012 aos requisitos reconhecidos por ampla doutrina e jurisprudência alienígenas, mencionadas no segundo capítulo, além de doutrinadores nacionais, submetendo-as ao crivo do princípio da proporcionalidade e subprincípios.

Necessário consignar que o presente trabalho não tem a pretensão de encerrar ou exaurir a discussão acerca da admissibilidade das intervenções corporais, em especial, as invasivas e coercitivas no ordenamento jurídico brasileiro, até pela complexidade e, pela ainda insuficiente discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITO A PROVA E DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

1.1 DIREITO À PROVA ENQUANTO DESDOBRAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1.1 Noções introdutórias aos sistemas ou métodos probatórios

O direito à prova e seus princípios correlatos sofreram ao longo do tempo substanciais alterações em virtude do período histórico e dos costumes e crenças de cada povo, revestindo-se por vezes de desafios, de duelos, de métodos de apreciação baseados em divindades, também conhecidas por provas mágico-religiosas, ou ainda, desprovidos de qualquer comprovação empírica ou científica.

A evolução demonstra a existência de sistemas ou métodos de produção e valoração em que o acusado se apresentava como verdadeiro objeto, legitimando a prática de tortura e outras medidas de coação física e psicológica para obtenção da confissão, sistemas estes, pouco preocupados com o esclarecimento da verdade e em muito com o reconhecimento da responsabilidade do agente a todo o custo.

Ao longo da história depara-se com sistemas probatórios que vão da vingança privada¹ às provas típicas do sistema ordálico, do sistema das provas sociais utilizado no direito feudal ao sistema inquisitorial típico da monarquia antiga, até o sistema acusatório fundado nos ideais iluministas que têm por preocupação central a proteção dos direitos fundamentais do homem frente à ação persecutória do Estado.

No tocante aos sistemas probatórios, percebe-se a existência do sistema da prova legal ou da certeza moral do legislador em que se verificava um tabelamento das provas onde cada elemento probatório apresentava um valor pré-estabelecido. Neste, constatava-se claramente a restrição, ou mesmo, a exclusão de toda a liberdade do julgador quanto à apreciação das provas produzidas, bastando a este a tarefa de dosimetria dentre as diversas provas e seus valores processuais.

Nesse sentido, enfatiza Ferrajoli:

¹ Segundo Ariane Trevisan Fiori: “A vingança tem fundamento religioso. A vítima ou seus parentes entendiam que, se um membro de uma tribo realizasse uma ação hostil considerada capaz de afetar a paz social, era assegurada, pela vontade dos deuses, a vingança (retribuição). Esta tinha origem mágica, referia que a paz está sob a proteção dos deuses, tendo a vingança o seu fundamento no preceito divino, o que originou, mais tarde, as ordálias.” (2008, p. 8).

O método das provas legais acompanhou durante cinco séculos, desde o fim do século XIII até a Revolução Francesa, a experiência processual da inquisição, desenvolvida em toda a Europa continental. No plano epistemológico, assinala uma decidida regressão relativamente à tradição tópico-retórica da *ars opponendi et respondendi*, que havia informado a concepção clássica da prova, desde a época grega e romana até a primeira fase do processo romano-canônico medieval. A idéia da prova como 'suficiente', graças à sua conjugação a uma norma, para garantir dedutivamente a verdade da conclusão fática, não obstante sua aparente racionalidade, na realidade é idêntica à que fundamenta as provas irracionais do tipo mágico e arcaico: as ordálias, o duelo judicial, o juramento, a adivinhação. Nessas provas mágicas, que caracterizavam as experiências processuais primitivas e, em particular, a romano-germânica da Alta Idade Média, um fato natural – como o resultado de uma prova física do acusado com a natureza ou com a parte ofendida, a provocação do castigo divino em caso de mentira ou, diretamente, qualquer sinal da natureza – é considerado por uma norma como prova ou sinal suficiente de culpabilidade ou de inocência. Diferentemente do que ocorre com as provas legais, a experimentação de tal fato não está dotada, na realidade, de qualquer força indutiva; a norma sobre a prova, em vez de uma falsa lei natural ou uma regra de experiência, é uma lei sobrenatural, uma tese mágica, ou religiosa, ou questão de fé. O esquema lógico e epistemológico é, contudo, o mesmo: o da dedução da conclusão judicial como necessária (e não como provável) a partir da prova praticada e da norma que lhe confere este valor probatório ou imediatamente expressivo do fato provado. (FERRAJOLI, 2006, p. 130).

Já em relação ao sistema da íntima convicção do julgador, denota-se que o magistrado não motivava suas decisões, ficando ao seu inteiro arbítrio o decreto condenatório ou absolutório, tão pouco devia obediência a critérios para admissão de elementos de prova, julgando mesmo que o arcabouço probatório conduziria a outra visão da realidade fática.

Tal método probatório apresentou-se como a superação das provas legais, em que o julgador não tinha poderes para apreciação do conteúdo e valoração probatória, avaliando tão somente a tarifação das provas produzidas e atribuindo o peso e importância pré-estabelecidas.

Em que pese o abandono do método da prova legal por retirar totalmente a liberdade de apreciação probatória pelo julgador, evidencia-se que o método da íntima convicção ou da livre convicção do julgador, nas palavras de Ferrajoli, acabou por corresponder a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais:

O abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da "livre convicção", que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente

entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção, em vez de atuar como pressuposto de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa. (FERRAJOLI, 2006, p. 133-134).

Por fim, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, derivado das Revoluções Francesa e Americana, das concepções de igualdade e liberdade, e pautado no Estado Democrático de Direito.

Onde o processo penal passa a ser limitado por valores superiores que garantam a preservação dos direitos do homem por meio de seus princípios fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, o duplo grau de jurisdição, e a publicidade interna e externa dos atos processuais, além da absoluta transparência dos procedimentos probatórios, passando a observância a tais direitos fundamentais a ser condição de existência e validade de um processo instaurado contra qualquer cidadão.²

E justamente no processo penal-constitucional, enquanto consagrador de direitos e garantias fundamentais do cidadão insurge profunda discussão acerca da liberdade de produção probatória em nome do questionável princípio da busca da verdade real, material ou substancial, que possibilita ao magistrado não ficar adstrito às provas produzidas pelas partes e constantes dos autos, podendo, inclusive, determinar de ofício a produção de provas que entender necessárias e pertinentes à elucidação dos fatos e a autoria delitiva, e que será abordado nos tópicos seguintes.

1.1.2 Da verdade e sua valoração frente ao direito à prova no Estado Democrático de Direito

Há tempos a doutrina debruça-se sobre a tormentosa discussão acerca da verdade a ser perquirida no processo penal, havendo juristas que entendem que a verdade real, material ou substancial consistente na verdade absoluta e objetiva,

² Ariane Trevisan Fiori enfatiza que: “O Estado de Direito, conquista do racionalismo liberal, é a limitação do poder absoluto, arbitrário dos regimes absolutistas. A legalidade, a separação dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais são os princípios desse novo Estado.” (2008, p. 28).

coincidente com a realidade fática e não apenas processual, é o objetivo do processo criminal, pois a única idônea a atribuir ao magistrado um juízo de certeza que autorize e legitime a condenação do cidadão.

Tal ideal ou concepção mostra-se amplamente desenvolvida, a ponto de legitimar a iniciativa do juiz na produção de prova baseada no princípio da livre investigação das provas, não se contentando com as provas produzidas nos autos pelas partes.³

A admissão da busca da verdade real ou substancial enquanto objetivo primordial do processo penal pautado no Estado Democrático de Direito, compreendendo a verdade do delito como aquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, encontra em Malatesta⁴ um de seus mais combatentes defensores.

Sendo certo que tal admissão no processo penal pauta-se na preponderância do interesse público, presente tanto nas ações penais públicas quanto nas de iniciativa privada, sustentando que, para o exercício do *jus puniendi*, reservado ao Estado, faz-se imprescindível que a verdade dos fatos seja efetivamente alcançada para uma correta e completa aplicação da justiça.

Para os adeptos da busca da verdade real no processo penal, o diploma instrumental penal brasileiro apresenta expressas disposições que reconhecem tal princípio, podendo-se mencionar a contida no art. 156 do CPP que possibilita ao magistrado uma participação efetiva na instrução processual penal com a determinação de diligências complementares, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, quando necessárias para sanar dúvidas sobre pontos relevantes,

³ Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo assevera: “Já o conceito de verdade material é relacionado ao processo penal e ao princípio da livre investigação das provas. Considera-se, dessa forma, que, no processo penal, o juiz não fica adstrito à iniciativa das partes na produção probatória, porque deve buscar a verdade real, ou seja, a verdade material.” (2012, p. 54).

⁴ “Qual a verdade que se procura em matéria penal? É, já dissemos, a verdade objetiva, porque é essa, unicamente, que, entrando por meio da prova em contato com o espírito do julgador, pode gerar nele, legitimamente, a convicção racional da criminalidade. Ao chamarmos objetiva esta verdade, com isso determinamos sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes. Para nós, que rejeitamos, na primeira parte deste livro, a confusão frequente que fazem os críticos entre certeza e probabilidade; para nós, que partimos da premissa de não se poder condenar sem a certeza da culpa, para nós, no crime, não é possível o equívoco; quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida.” (MALATESTA, 2009, p. 98).

ou mesmo antes da propositura de qualquer ação penal, para produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

De igual forma a regra contida no art. 404 do mesmo diploma legal, que permite ao juiz, mesmo após o término da fase instrutória, ordenar diligências de ofício quando consideradas imprescindíveis ao esclarecimento da verdade.

Em contrapartida à doutrina supra, assevera-se que o conceito de verdade real, material ou substancial tem sido objeto de profundas discussões doutrinárias tanto no direito pátrio quanto no estrangeiro, onde juristas como Francesco Carnelutti, Enrico Ferri e Luigi Ferrajoli posicionam-se pela impossibilidade de alcance da verdade real, bastando uma verdade processual de caráter aproximativo da realidade que conduza à certeza do julgador, já que a descoberta de tal verdade suprema seria uma tarefa inatingível pelo ser humano.⁵

Afirmam ainda, que insistir no mito da busca da verdade real, material ou substancial, além de não ser atingível pelo ser humano, acabaria por legitimar a investigação sem limites, sem regras, característica dos Estados totalitários, com violação de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Nesse sentido Ariane Trevisan Fiori afirma que:

Insistir no mito da busca da verdade real, em nossa opinião, é, além de nunca se chegar a esta, decorrente de uma limitação do próprio ser humano, aceitar a investigação sem limites, característica dos Estados autoritários. Falar em verdade real é buscá-la através da violação da integridade humana do cidadão, devendo ser arrancada a qualquer preço, tudo em nome da fadada segurança jurídica. Segurança esta que nunca será absoluta. (FIORI, 2008, p. 41).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. enfatiza que:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). (LOPES JR., 2013, p. 566).

O que é reforçado por Pacceli de Oliveiraa afirmar que:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava

⁵ Para Maria Elizabeth Queijo, “[...] a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. A verdade que pode ser alcançada, não transcendente, vinculada à realidade das coisas, é a verdade relativa.” (2012, p. 52).

efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. (PACCELI DE OLIVEIRA, 2009, p. 294).

Para Ferrajoli, o entendimento da busca de uma verdade extraprocessual e absoluta, materializada em investigações e métodos probatórios praticados a qualquer preço e por quaisquer meios, sem qualquer observância de regras e limites processuais demonstra-se claramente arbitrária, além de inalcançável pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, afirma:

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 48).

E o supracitado autor (2006, p. 48) entende que a verdade a ser perquirida no processo penal de modelo formalista, alicerçado num sistema penal garantista⁶, é uma verdade formal ou processual, provável, referencial, opinativa, aproximativa (plausível) e de correspondência da realidade dos fatos, e por isso, relativa.

Assevera que a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é uma verdade formal ou processual, alcançada pela estrita observância a regras precisas e relativas somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes, e que tal verdade não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal, mas condicionada pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa.

Prossegue afirmando que a verdade buscada no processo penal é uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, entretanto, mais reduzida

⁶Para Ferrajoli o garantismo penal tem por premissas a existência de dez axiomas com as respectivas garantias penais e processuais penais neles representadas e a seguir expostos: *Nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. *Nullun crimen sine lege* – princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito. *Nulla lex (poenalis) sine necessitati* – princípio da necessidade ou da economia no Direito Penal. *Nulla necessitas sine injuria* – princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. *Nulla injuria sine actione* – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. *Nulla actio sine culpa* – princípio da culpabilidade. *Nulla culpa sine iudicio* – princípio da jurisdicionariedade no sentido lato ou no sentido estrito. *Nullun iudicio sine accusatione* – princípio do acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. *Nulla accusatio sine probatione* – princípio do ônus da prova ou da verificação. *Nulla probatio sine defensione* – princípio do contraditório ou da defesa. (2006, p. 91).

quanto ao conteúdo informativo do que qualquer imaginária verdade substancial ou material, no sentido de se circunscrever às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, e corroborada por provas recolhidas por meio de meios e técnicas normativamente preestabelecidas, resultando sempre numa verdade apenas provável e opinativa, e que, na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de inocência ou de não culpabilidade (FERRAJOLI, 2006, p. 48).

E ainda consigna que a verdade relativa é o valor e também o preço do “formalismo”, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a inserção de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis (FERRAJOLI, 2006, p. 48).

Os adeptos do referido modelo formalista entendem que a verdade no processo penal em hipótese alguma pode ser a reprodução fiel e exata da realidade em que se deram os fatos, haja vista que a verdade no processo é sempre reproduzida, sempre pretérita, pois se prende a fatos já praticados e, portanto, impossíveis de ser retratados de forma perfeita ou absoluta.

Nesse diapasão, evidencia-se que a verdade a que o processo criminal alicerçado no Estado Democrático de Direito deve observância é a verdade aproximativa o mais perto possível da realidade fática, a verdade plausível que retrate da forma mais idônea possível o desdobramento fático e a autoria delitiva.

Ferrajoli (2006, p. 52-53) afirma, ainda, que a impossibilidade de se formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou absoluta representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável, enfatizando que a ideia de que se pode conseguir uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, criada pelas doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei.

Afirma ainda, que, tampouco as teorias científicas, ainda quando compartilhadas e corroboradas por repetidos controles, são consideradas sempre como “verdadeiras” no sentido de que se possa excluir sem sombra de dúvidas, que contenham ou impliquem proposições falsas, pelo contrário, enfatiza por experiência, que toda teoria científica está destinada a ser superada antes ou depois por outra teoria em contradição com alguma de suas teses, e por isso, serão abandonadas um dia como falsas (FERRAJOLI, 2006, p. 52-53).

O aludido doutrinador florentino prossegue consignando acerca da verdade perquirida no processo como uma verdade aproximativa ou recognitiva dos fatos:

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por POPPER de “aproximação” ou “acercamento” da verdade objetiva, entendida esta como um “modelo” ou uma “idéia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior “poder de explicação” e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso. (FERRAJOLI, 2006, p. 53).

Assim, denota-se que a verdade buscada no processo em hipótese alguma poderá corresponder íntegra e fidedignamente à forma em que se deu a realidade fática, uma vez que se trata de uma análise de fatos pretéritos e impossíveis de ser reproduzidos em sua exatidão, tratando-se sempre, da busca da verdade mais próxima da realidade, aproximativa e plausível da verdade que conduza o julgador a um juízo de certeza (relativa) calcado nas provas produzidas nos autos com estrita observância dos princípios (direitos e garantias fundamentais) e regras procedimentais.

Ferrajoli (2006, p. 103) reconhece a existência de dois modelos de certeza relativa, a perseguida pelo direito penal máximo e a perseguida pelo direito penal mínimo, e consigna que a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Já a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.

Para ele, os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias, podendo-se dissipar, dessa forma, o engano de

uma “certeza” ou “verdade” mística que seria perseguida pelo garantismo cognitivista (FERRAJOLI, 2006, p. 103).

Pois a certeza, ainda que relativa, e aspirada por um sistema penal de tipo garantista, não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão, de modo que, ambas as “certezas” são subjetivas e relativas, afetando “verdades” igualmente opinativas e prováveis, pautando-se a diferença apenas nos critérios para sua obtenção (FERRAJOLI, 2006, p. 103).

Quanto à adoção do entendimento da verdade no processo penal como uma verdade aproximativa, plausível, e logo, consubstanciada numa probabilidade o mais próxima da realidade, denota-se forte discordância de Malatesta⁷ que sustenta a distinção de conceito e alcance entre certeza e probabilidade, compreendendo a primeira como a verdade seguramente percebida ao espírito humano quando analisada sob o ponto de vista objetivo; e a segunda como uma multiplicidade de crenças e convergências.

O epígráfico jurista italiano prossegue afirmando que a existência na percepção humana de divergências de crença leva à probabilidade e não à certeza, já que esta última somente é obtida quando o espírito humano harmoniza os elementos e circunstâncias fáticas com a unidade objetiva da verdade, senão vejamos:

A certeza que deve servir de base ao juízo do magistrado só pode ser aquela que ele se acha na posse: a certeza como seu estado de alma. Deste ponto de vista, não é mais que uma afirmação intelectual, por parte do juiz, da conformidade entre idéia e realidade. Ora, esta afirmação pode ser cabível não obstante a percepção dos motivos contrários à afirmação; o espírito vê estes motivos contrários e, não os achando dignos de serem

⁷ “A certeza é, por sua natureza, subjetiva; mas pode considerar-se do ponto de vista de suas relações objetivas. Do ponto de vista objetivo, confunde-se com a verdade; é a verdade enquanto seguramente percebida. Ora, a verdade, em si mesma, é a própria verdade. Por isso, como objetividade, única em si, da certeza, não se revela a nosso espírito senão através de uma conformidade simples e sem contrastes entre a noção ideológica e a realidade ontológica e que dá lugar, sob o primeiro aspecto, com verdades intuídas, sejam contingentes ou necessárias e, portanto, como certezas intuitivas. Considerando a objetividade da certeza, enquanto se revela ao espírito, não há quem não veja sua diferença da probabilidade, tomada também objetivamente e, sob este aspecto, a distinção não precisa de defesa. A probabilidade, objetivamente, não tem por conteúdo a simples verdade, como a certeza; tem um objeto múltiplo: os motivos maiores, convergentes à afirmação, juntamente com os menores, divergentes da afirmação. A certeza, considerada objetivamente, na verdade, não pode ter motivos divergentes da sua crença; a probabilidade deve tê-los; a certeza tem objeto único; a probabilidade, múltiplo.” (MALATESTA, 2009, p. 55-56).

levados em consideração, rejeitam-os e afirma. Neste caso, não se deixa de estar diante da certeza, porque se está sempre diante da afirmação da conformidade entre noção ideológica e realidade ontológica.

Se, não obstante, existem, na nossa percepção, motivos divergentes da crença, que não se harmonizam com a unidade objetiva da verdade, mas antes com a multiplicidade objetiva do provável, não é preciso deduzir, por isso, que, na nossa afirmação, existe antes probabilidade que certeza. Esta dedução, creio eu, levou a erro os tratadistas, ou, pelo menos, está nela a única explicação científica de seu engano ao afirmar a identificação entre probabilidade e certeza. (MALATESTA, 2009, p. 56-57).

Ainda no tocante à impossibilidade de alcance da verdade absoluta, Queijo enfatiza a importância da certeza e do convencimento enquanto estado de ânimo de que a verdade foi atingida da forma mais próxima à realidade fática. Nesse sentido enfatiza:

A certeza, tanto quanto a verdade, não é absoluta, dentro ou fora do processo. Expressa-se também como alto grau de probabilidade. A certeza completa e plena é, igualmente à verdade, inatingível.

Observe-se que o convencimento proporciona a tranquilidade de que a verdade, possível de ser alcançada, foi atingida.

Em síntese, o conceito de verdade relativa ocupa papel de destaque, porque é a verdade que pode ser alcançada, o mais próximo da realidade quanto possível. A certeza e o convencimento apresentam-se, então, como consciência e estado de ânimo de que foi atingida a verdade no mais alto grau de probabilidade. (QUEIJO, 2012, p. 53-54).

Feitas as necessárias considerações acerca da verdade material ou substancial e da verdade formal ou processual com a apresentação de seus fundamentos e adeptos, verifica-se que o processo penal moderno e notadamente garantista não mais se prende à distinção conceitual das espécies de verdade supra, e conforme entendimento de Carnelutti a verdade é uma só e inatingível pelo homem.⁸

Desse modo, a verdade almejada no processo penal, seja ela definida como formal/processual ou como real/material não é aquela buscada a qualquer preço e por quaisquer meios, em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão e às regras processuais, típica dos sistemas inquisitivos e sempre no afã de alcançar a exata e absoluta realidade fática, e mais que isso, de obter a responsabilização do agente, mas sim aquela fruto de uma investigação policial e de

⁸ Sustenta Carnelutti que “[...] para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. [...] Em síntese, a verdade está no topo, e o topo é demais para nós.” (CARVALHO et al., 2002, p. 173-197).

um processo criminal pautado no garantismo penal em consagração ao Estado Democrático de Direito, que conduza o magistrado a um juízo de certeza (relativa).

Tal certeza relativa deve-se ao fato de que a verdade obtida pelo processo penal é sempre aproximativa, opinativa e referencial, já que sempre reconstrutiva, recognitiva de fatos pretéritos, além de ser inalcançável pelo ser humano uma verdade plena e absoluta, crença esta, que conduziu às maiores barbáries no campo probatório submetendo cidadãos a inúmeros constrangimentos e vexames, a torturas e até mesmo à morte ao longo da história.

Entendimento do qual discorda Malatesta (2009, p. 98), ao afirmar que a verdade somente pode ser obtida pela certeza, como sendo aquela que se apresenta ao espírito do julgador como algo certo e indubitável, o que a difere da probabilidade, ainda que em grau máximo, já que nesta, admite-se uma multiplicidade de ideias passíveis de confrontação e suscetível de dúvida, devendo o processo penal pautar-se na verdade dos fatos, que se confunde no ponto de vista objetivo com a certeza absoluta.

Portanto, a verdade perquirida pelo processo penal garantista é aquela obtida por meios probatórios em consonância com as regras processuais e especialmente com estrito respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, característica do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhe um processo pautado no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa, com a motivação das decisões judiciais, no duplo grau de jurisdição, e na publicidade interna e externa dos atos processuais, além da absoluta transparência dos procedimentos probatórios.

1.2 O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.2.1.1 Na antiguidade

Em que pese a imprecisão quanto a origem do direito a não autoincriminação, uma vez que inerente a todos os povos e épocas o instinto de autopreservação, verifica-se doutrina de Couceiro (2004, p. 30-31) que atribui ao Direito Hebreu as raízes do mesmo, em que o Talmude não admitia que o acusado fosse levado a depor contra si mesmo, pois tal ato conduziria certamente a uma

disposição do próprio corpo, o que era inadmissível, já que somente a Deus pertencia a existência humana.

O interrogatório era previsto no Direito Hebreu sem a imposição de juramento ou compromisso de dizer a verdade, impondo-se tal obrigação somente para a prova da inocência do interrogado.

Outra doutrina atribui a gênese do direito contra a autoincriminação à Antiguidade, mais precisamente a São João Crisóstomo ao proclamar, de forma inédita, que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público⁹, proclamação esta, feita em seu comentário a Epístola de São Paulo aos hebreus nos seguintes termos: “[...] não te digo que descubras isso – seu pecado – ante o público como uma condecoração, nem que te acuses diante dos outros”.

No direito romano pré-clássico (das origens de Roma até 149 a. C.) o processo era constituído tendo por meio probatório central o interrogatório do acusado que não podia se recusar a responder às perguntas do magistrado, sob pena de flagelo, prisão ou multa. No período clássico do direito romano (de 149 a. C. a 305 d. C.), o silêncio do réu tinha por consequência a confissão, salvo se tratasse de crime capital, hipótese em que ela não valia como prova plena. Já na fase pós-clássica (305 d. C. a 565 d. C.), marcada pela decadência da classe dirigente, os imperadores abrandaram os rigores processuais contra os acusados, e passou-se à Igreja, por iniciativa do Imperador Justiniano, a fiscalização da regularidade dos procedimentos e do tratamento dado aos acusados.

No entanto, não obstante a existência de considerável doutrina que reconhece a origem do direito a não autoincriminação como sendo romana, até por vir expresso em latim o aforismo *nemo tenetur se detegere*, denota-se posicionamento notadamente contrário de Helmholtz, para o qual o princípio contra a autoincriminação era desconhecido em Roma.

Tal recusa na aceitação da gênese romana do direito a não autoincriminação baseia-se no fato do estudo dos sucessivos períodos do Direito Romano, iniciando-se pela vingança privada, período em que era inconcebível a idéia de respeito dos

⁹ Segundo Haddad: “Apregoa-se que algumas formas do direito deitam raízes na Antiguidade, época em que se empregava o aforismo *nemo tenetur prodere seipsum*. Reputa-se à pena de São João Crisóstomo ter proclamado pela primeira vez que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público (407 a.C.).” (2005, p. 89).

direitos de defesa, dentre eles o direito a não autoincriminação, e claramente contrário à concepção moderna de processo.¹⁰

Seguindo-se pela *cognitio* fundada na *inquisitio*, a qual se atribui a nascente do processo penal romano, onde segundo Haddad (2005, p. 92) a *cognitio* foi a forma embrionária dos procedimentos penais em Roma e consistia num sistema inquisitorial primitivo, com ausência de formalidades e poderes ilimitados ao rei e aos magistrados, materializado na *coercitio* enquanto meio típico e indireto de constranger às ordens judiciais as pessoas sujeitas aos processos.

Não se mostrava necessária a existência de partes, o interrogatório era o ponto central sendo vedado ao acusado o direito de calar-se sobre as perguntas do magistrado e admitia-se a imposição de pena mesmo sem a presença do verdadeiro acusador (HADDAD, 2005, p. 92).

Em momento posterior verificou-se a *anquisitio* onde o acusado era levado a julgamento pela coletividade, que se fazia juiz dos próprios interesses, ou por meio da constituição de agentes estatais instituídos a tal finalidade, o que marcou uma pequena evolução do processo penal no Direito Romano, com a definição de atos processuais formais como a citação, prazos e possibilidade de autodefesa e defesa realizada por terceiros.

Já a *quaestio*, que consistia inicialmente em comissão para apuração de crimes praticados por funcionários públicos e culminava na *iudicium publicum legitimum*, passou a ter aplicação a crimes diversos, em especial, de natureza política e estendeu-se não só em Roma, mas também a diversas províncias italianas (HADDAD, 2005, p. 92).

E materializou-se em inúmeras leis que instituíram a *quaestiones perpetuae*, sendo a primeira a *lex Calpurnia* para julgamento de governadores de províncias acusados de extorsão e que instituía tanto a *quaestio* quanto o crime e pena a serem imputados, sendo reconhecido como embrião do princípio da reserva legal e de caráter acusatório (HADDAD, 2005, p. 94-95).

No entanto, ainda em se tratando da *quaestio*, a negativa em prestar juramento se assimilava à confissão e a presença corporal do acusado era

¹⁰ Haddad esclarece que: “A vingança privada, fenômeno visível em várias sociedades e também presente em Roma, vai contra a idéia moderna de processo, prenhe as garantias e marcado pela possibilidade de contraposição da defesa à acusação. Inconcebível imaginar existir nessa fase histórica respeito aos direitos de defesa, entre os quais se inclui o princípio contra a auto-incriminação. A falta de sistematização dos procedimentos penais revela a inexistência de direitos processuais reiteradamente repetidos, consagrados e respeitados.” (2005, p. 92).

indispensável, onde o magistrado podia utilizar-se de métodos coercitivos para fazê-lo comparecer ao julgamento, atribuindo-se assim, importância fundamental à sua participação no processo, o que era incompatível com qualquer direito de não colaboração ou de silêncio.

Ademais, era admitido o emprego de tortura e outras técnicas coercitivas para obtenção da confissão, que em tal sistema era considerada a rainha das provas.¹¹ Desse modo, a sujeição do acusado a juramento e a possibilidade de emprego de métodos coercitivos para obtenção da confissão é outro respeitável argumento no sentido do desconhecimento do direito a não autoincriminação no Direito Romano.

Quanto à possibilidade de defesa, a *quaestio* reconhecia apenas a autodefesa, não se concebendo a idéia de patrocínio da defesa por terceiros, o que só veio a ocorrer com o surgimento dos *patronus* – intervenção de vários defensores que travavam longas discussões e embates em favor de um mesmo acusado – e durante o período do Principado por meio dos *advocati* – defesa de natureza forense e baseada nas leis e costumes de Roma.

Pelas razões acima expostas, o leitor pode ser conduzido à idéia de que o direito a não autoincriminação não era conhecido no Direito Romano, ou se era, não recebia a atenção e tratamento necessários, muito embora seja inegável a contribuição dos romanos ao reconhecer o homem como pessoa e sujeito de direitos.¹²

¹¹ Segundo Haddad, no sistema conhecido como *quaestio* “[...] caso o acusado confessasse, encerrava-se o processo penal com a condenação. Para obtê-la, empregava-se a tortura, inicialmente restrita aos escravos. Apesar de os juristas romanos não desconhecerem a possibilidade de que a confissão não fosse expressão da verdade ao ser arrancada pelo tormento, a regra era que conduzisse a uma sentença condenatória e a uma sentença condenatória executiva.” (2005, p. 96).

¹² Nesse sentido, afirma Haddad: “Em algumas fases da evolução do processo penal romano se admitiu o emprego da tortura para obrigar o acusado, e também as testemunhas, a prestar declarações. O juramento também era exigido e a defesa do acusado, durante longo tempo, foi exclusivamente por ele exercida. A presença física do réu constituía-se uma obrigação, do que derivava a possibilidade de se exigir a colaboração no esclarecimento dos fatos. Todas essas circunstâncias são fortes indícios de que não se conferia ao acusado uma liberdade de autodeterminação, a ponto de autorizá-lo a recolher-se no silêncio, de não participar de audiências e de ter plena liberdade em declarar o que melhor conviesse à defesa.” (2005, p. 99-100).

1.2.1.2 No direito canônico

Já no Direito Canônico, que para muitos é apontado como fonte do direito a não autoincriminação, verifica-se a compilação de textos que reconhecem a proteção dos réus, em especial a de Graciano que repudia a prática de tortura.¹³

A tal período atribui-se o reconhecimento dos direitos consubstanciados nas máximas latinas *nemo tenetur punitur sine accusatore* e *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, onde o primeiro consistia na garantia de que nenhum juiz poderia instaurar, por sua própria iniciativa, um procedimento contra alguém, sendo necessária a existência de uma acusação formal, conforme Marteleto Filho (2012, p. 7); e o segundo (HELMHOLZ, 1997, p. 185) estabelecia que ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha.

Nesse viés, Marteleto Filho enfatiza:

Reforçando as bases do argumento, os autores sustentavam que todos estão sujeitos a faltas e a crimes de alguma espécie; assim, permitir que acusadores oficiais forçassem os homens a revelar seus próprios crimes colocaria a todos em iminente perigo, o que causaria a destruição da ordem social. Sustentava-se, outrossim, que algumas partes da vida privada somente poderiam ser ventiladas no confessionário, para fins estritamente penitenciais, restando excluídas do objeto do fórum externo.

Ainda que não tivesse consciência, no medievo, de um verdadeiro direito à privacidade, ao menos nos contornos da contemporaneidade, já se construíam importantes bases teóricas para a proteção de uma esfera da vida privada, imunizando-a contra a ingerência do Estado e da Igreja. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 9).

No entanto, a partir do século XIII, com o IV Concílio de Latrão de 1215, deu-se início ao sistema inquisitivo ou inquisitório em toda a Europa Ocidental por meio do *jusjurandum de veritate dicenda* (juramento inquisitivo), período marcado inicialmente pela busca incessante de repressão aos excessos cometidos pelos membros do clero, e, posteriormente estendido à luta contra os hereges e aos crimes comuns (HADDAD, 2005), tendo a Inquisição sido efetivamente instaurada em 1216 pelo Papa Inocêncio III, conforme corrobora Couceiro (2004, p. 34,36, 38-40) em sua obra *A garantia constitucional do direito ao silêncio*.

¹³ Nesse sentido, Couceiro enfatiza que: “Em 850, aproximadamente, uma compilação de textos canônicos reconhece a proteção dos réus, sobretudo contra os abusos dos senhores feudais. Outra compilação, levada a cabo por Graciano por volta de 1151, tomando por base comentário de São João Crisóstomo a trecho da Carta de São Paulo aos Hebreus, repudia expressamente a prática da confissão e proscreve a obrigatoriedade do juramento dos acusados.” (2004, p. 41-43).

Os cânones que compreendiam o Concílio tratavam não apenas da repressão aos hereges, pois também foram de grande valia à Monarquia que buscava centralizar o poder diante dos senhores feudais (MARTELETO FILHO, 2012, p. 11) e, consolidou o absolutismo dinástico europeu, sendo certo que a imposição do juramento inquisitivo ao acusado e a livre utilização da tortura¹⁴ eram notadamente incondizentes com qualquer liberdade de autodeterminação, e, portanto, insusceptível de aceitação e desenvolvimento do direito de não autoincriminação do acusado.

Nesse diapasão, indispensável trazer-se à baila a contribuição de Ferrajoli:

Depois da queda do Império Romano, o processo volta a ser acusatório, confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais, evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório, elaboradas entre o fim do primeiro milênio e o século XII, e desenvolvendo-se e consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*. Mas a inquisição tornou a florescer no século XIII com as Constituições de Frederico II nos processos por crimes de lesa-majestade e, de forma ainda mais terrível e feroz, no processo eclesiástico para os delitos de heresia e magia, nos quais o ofendido era Deus e, por isso, a acusação era obrigatória e pública, não era admitida a incerteza na busca da verdade, nem tolerado o contraditório, sendo antes exigida a colaboração forçada do acusado. Ao menos teoricamente, como já no direito romano tardio, o rito inquisitório manteve sempre um caráter extraordinário em relação ao acusatório, que sobre ele prevalecia quando a acusação era apresentada. O que importa, não obstante, é que – afirmando o princípio de acordo com qual “*iudex ex officio procedere potest in criminalibus etiam absente accusatore*” – o processo inquisitório de fato assumiu bem rapidamente um caráter ordinário, difundindo-se depois do século XVI em todo o continente europeu, generalizando-se para todos os tipos de crimes, complicando-se em virtude da multiplicação dos foros e das incertezas das competências, organizando-se segundo um complexo código de provas legais, técnicas inquisitórias, práticas de tortura e cânones de magistratura, gerando e por sua vez alimentando-se daquela “multidão de formalidades” e das “intrigas e confusões” inventadas pelas “milícias togadas” e pelas “milícias doutorais”, que durante cinco séculos infestaram a Europa fazendo da doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores. (FERRAJOLI, 2006, p. 521).

O supracitado autor ainda arremata enfatizando o período dominado pela Inquisição e a postura da Igreja, da monarquia e dos magistrados em face do acusado:

“Aquele zelo paterno que a nossa santa religião inspirou aos seus ministros, aquele ministério pastoral [...] degenerou com o tempo no espírito de

¹⁴ Segundo Couceiro: “Em 1252, Inocêncio IV autoriza o emprego de torturas para a obtenção da confissão e do arrependimento do acusado em casos de heresia cátara. Argumentou o Papa que, se a violência contra os réus era comumente aplicada no direito comum em relação a ladrões assassinos, seria injustificável conceder tratamento privilegiado aos hereges, que não passariam de ‘ladrões e assassinos da alma’.” (2004, p. 47).

inquisição, serviu igualmente à inocência e aos delitos fatais”, e, “os ministros da religião, quando adquiriram o poder temporal, transformaram a vigilância pastoral em opressão inquisitória” (F. M. Pagano, ob. cit. XII, p. 70). [...] Sobre as origens da Inquisição eclesiástica – cuja extensão em toda Idade Média Central será objeto de contínuos conflitos com as autoridades seculares, mas a que sempre pertencerão os delitos de heresia, sacrilégio, blasfêmia, bruxaria, bigamia e adultério [...] Mas muito mais grave foi a *inquisitio haereticae pravitatis*, em vista da qual o Concílio de Verona de 1184 e depois o de Latrão de 1215 ordenaram que os bispos inspecionassem periodicamente suas dioceses e que fizessem jurar toda a população sob a presença de sujeitos suspeitos de heresia; e pela qual Inocência III ditou por seus decretos a primeira disciplina orgânica, completada em 1252 pela bula *Ad extirpanda* de Inocência IV, que prescrevia (par. 25) a tortura para os suspeitos de heresia. Sucessivamente, como foi dito na nota 86 do capítulo VII, o extermínio dos heréticos e das bruxas se desenvolveu sem freios, com base em colaboração e divisão de funções entre as autoridades eclesiásticas e as autoridades seculares. [...] Transformaram os príncipes em cães de caça que afundaram suas gargantas no sangue das presas perseguidas. E os príncipes que opuseram resistência foram eles mesmos sacrificados desde o imperador Henrique IV da França, o melhor dos reis e dos homens. Foi durante esses séculos de ignorância, superstições, fraudes e barbáries que a Igreja, que sabia ler e escrever, ditou as suas leis a toda Europa, que nada sabia exceto beber, combater e confessar aos párocos. A Igreja fez os príncipes jurarem que exterminariam todos os hereges: o que quer dizer que todo soberano jurou solenemente que mataria quase todos os habitantes do universo, visto que quase todos tinham uma religião diversa da sua. (FERRAJOLI, 2006, p. 589-590).

Ainda acerca da afronta à liberdade de autodeterminação consubstanciada na imposição de juramento ao acusado, denota-se posicionamento de Malatesta:

O acusado, dissemos, não só não pode ser compelido a confessar, como não pode ser, de maneira alguma, compelido a testemunhar. Ora, o julgamento só se retém como forma protetora da verdade, senão enquanto julgado apto a exercer coação interna, obrigando a testemunha a dizer a verdade. O juramento está, por isso, em contradição com o direito do acusado de não depor ou simplesmente a não confessar sua culpa, pois o juramento é uma coação sobre seu espírito e toda a coação, interior ou exterior, forçando o acusado a confessar, é sempre ilegítima e, por isso, rejeitada. (MALATESTA, 2009, p. 393).

Frente a tal panorama histórico e notadamente dominado pelo sistema inquisitivo ou inquisitorial, inviável atribuir-se ao Direito Canônico a gênese do direito a não autoincriminação¹⁵, na qual, na visão de Marteleto Filho¹⁶ imperava a máxima

¹⁵ Segundo Haddad: “O tenebroso quadro deixado pelo direito canônico perdurou até o final do século XVIII. Desse sistema aproveitaram-se as justiças laicas da Itália (processos *per denuntiationem et per inquisitionem*, no século XIV), Espanha (*Las Siete Partidas*, no reinado de D. Afonso, em 1263), Alemanha (Lei Imperial de 1503 ou *Constitutio Criminalis Carolina*) e França (*Ornonnance sur la Procédure Criminelle*, reinado de Luiz XIV, 1670) [...] O Código Penal Austríaco de 1803 previa penas corporais para o acusado que perseverasse obstinadamente em silêncio. A instrução ditada por Catarina II, em 1767, para o Código Russo, defendia o castigo daquele que, por obstinação ou capricho, recusava-se a responder as perguntas do juiz.” (2005, p. 104).

do *reus tenetur se detegere*, e que somente caiu em derrocada com o Iluminismo penal reformador¹⁷ do início do século XIX, abandonando a ideia de um processo penal de utilidade social e buscando ajustar-se ao indivíduo, terreno fértil para o surgimento e desenvolvimento do direito contra a autoincriminação nos países do *Civil Law*.

1.2.1.3 Nos países do *common law*

Já o sistema processual do *common law* é apontado por muitos como o berço de surgimento e difusão do princípio da não autoincriminação sob as vestes do *privilege against self incrimination*, embora se reconheça que este era mais restrito que aquele e só contemplava a proibição de se compelir alguém a ser testemunha contra si mesmo no processo criminal.

Em território inglês verificava-se a existência das cortes eclesiásticas e das cortes do *common law*, onde as primeiras eram compostas por bispos que atuavam como juízes e eram encarregados do julgamento de acusações de práticas de ofensas religiosas (heresia, ateísmo, sacrilégio e bruxaria), de prática de promiscuidade, fornicção e adultério, e até mesmo de prática de crimes como difamação e bebedeira, competência esta que veio a sofrer limitações ao longo do tempo passando a ser empregada apenas às causas matrimoniais e testamentárias, e que se utilizava do juramento *ex officio* ou de *veritate dicenda*.¹⁸

Se na Europa Ocidental notava-se a incidência do direito canônico a todo o vapor no século XIII, e conseqüentemente, a utilização do sistema inquisitorial com o emprego da tortura e coerção do acusado a juramento de dizer a verdade; na

¹⁶ “Diante desse panorama histórico, é lícito concluir que o direito contra a autoincriminação inexistiu no procedimento inquisitorial, que dominou a Europa Continental durante o obscuro e longo período dos séculos XII a XVIII. Imperava, ao contrário, a máxima do *reus tenetur se detegere*.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 16).

¹⁷ Ferrajoli estabelece que: “A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. Foi, portanto, natural que a Revolução Francesa adotasse – na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz.” (2006, p. 521).

¹⁸ “O primeiro registro do uso do juramento *ex officio* se deu em 1246, ocasião em que o bispo de Lincoln, Robert Grosseteste, dirigiu uma investigação sobre imoralidade [...] Obtida a confissão, os demais atos do procedimento inquisitorial tinham por escopo apenas reforçar, racionalmente, a admissão de culpa, permitindo ao Juiz proferir com segurança e convicção a condenação.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 21-22).

Inglaterra e suas colônias pode-se dizer que desde 1215, com a *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem Terra, já se impunha limitações ao poder do monarca em face dos nobres ingleses (aristocracia feudal), e que a Inquisição nunca se consolidou na Inglaterra pelo fato da Igreja Católica não possuir predominância no solo britânico¹⁹, embora tal quadro tenha se modificado no início do século XV com a introdução tardia da Inquisição.

E foi justamente em tal período de predominância da Igreja Católica em solo britânico que as Cortes Eclesiásticas orientadas pelo Direito Canônico criaram a chamada *Court of High Commission*, encarregada do julgamento e punição dos crimes de heresia e que aplicavam fortemente o juramento *ex officio*.

Já as Cortes Reais denominadas *Court of the Star Chamber*, competentes para o julgamento de qualquer acusação criminal ocorrida em solo britânico, embora aplicassem o *common law*, também admitiam o juramento *veritate dicenda* e testemunho forçados, situação esta que perdurou até o século XVII.

Quanto aos primeiros casos aos quais se reputa a adoção do *privilege against self-incrimination* em território britânico, denota-se o caso *Maunsell & Ladd* de 1607²⁰, e o caso *John Lilburn (Freeborn John)* de 1637²¹, vindo a ser solenemente afirmado em 1641 pelo Estatuto de Carlos I.

Já as cortes do *common law* que passaram a se opor contra o procedimento inquisitório aplicado pelas *Court of the Star Chamber* e *Court of High Commission*, a

¹⁹ Segundo Marteleto Filho: “Como se indicou, na Europa Continental ocorreu, nesse decisivo momento histórico, uma franca guinada para o sistema inquisitorial, de prova tarifada e altamente dependente da confissão. Porém, a Inquisição jamais se consolidou na Inglaterra – certamente porque a Igreja Católica nunca predominou na Ilha -, desenvolvendo-se, no seio do *Common Law*, um procedimento criminal fundado no julgamento pelo Júri (*Trial Jury*).” (2012, p. 19).

²⁰ “A esse respeito, *Maunsell & Ladd*, em 1607, é considerado *leading case* em relação à vedação à autoincriminação não propriamente pelos resultados alcançados, já que foram confirmados, por três votos a dois, os poderes de prender e interrogar da *Court of High Commission*, mas pela argumentação empregada pelos advogados que alegaram a ilegalidade das questões autoincriminatórias formuladas. Sustentaram os advogados que as perguntas autoincriminatórias violavam o direito natural, a *Magna Charta* e os estatutos ingleses.” (QUEIJO, 2012, p. 54).

²¹ “John Lilburn foi levado à prisão pelo Conselho da Star Chamber, em virtude de ter imprimido ou importado livros heréticos ou sediciosos. Enquanto esteve preso, o acusado recusou-se a responder aos interrogatórios, apelando para as leis divinas e da terra. Ao apreciar o caso, a Câmara dos Comuns, em 1641, decidiu que a sentença da Star Chamber era ilegal e contrária à liberdade da pessoa.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 27).

partir do século XVII, geraram profundas crises de jurisdição, levando o Parlamento Inglês a abolir tais Cortes em 1641.²²

Em que pese o contributo das cortes do *common law*, até a *Treason Act* de 1696, não admitiam a assistência do acusado por advogado, e, conseqüentemente, o silêncio daquele resultava em abdicação da própria defesa, já que imperava o sistema da *accused speaks*, onde era o próprio acusado que efetuava a defesa e se dirigia diretamente ao Júri, o que perdurou até meados do século XVIII. Nesse sentido, Haddad:

Enquanto não era admitida a intervenção do defensor, a recusa do acusado em responder a imputação contra si dirigida importava em uma atitude suicida. Sem defensor, as funções defensivas e testemunhais eram fundidas inextricavelmente e o silêncio do acusado implicava o fracasso de toda a defesa. Somente com a ascendência da assistência do defensor pôde-se falar na existência de um princípio contra a auto-incriminação no *common law*. A assistência do defensor desembaraçou as funções defensivas e testemunhais que se encontravam em mãos do acusado e pôde suprimir esta última, de modo a possibilitar o silêncio, não mais sinônimo de ausência de defesa. (HADDAD, 2005, p. 110-111).

Nesse paradigma, Queijo:

No final do século XVIII e início do XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão da constituição de advogado, mas também com a adoção do *standard* da dúvida razoável da prova (insuficiência probatória), da presunção de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas.

Todos esses aspectos contribuíram para que o acusado pudesse silenciar, mas foi decisiva a adoção da defesa técnica, que se processou, sobretudo, a partir de 1730, desentrelaçando as funções defensiva e testemunhal, antes centradas no acusado.

Igualmente contribuiu para o reconhecimento do *privilege against self-incrimination*, nas cortes de *common law*, a extinção das cortes de *Star Chamber* e *High Commission*, bem como a proibição de as cortes eclesiásticas utilizarem o juramento *ex officio*, pelo estatuto de 1641. (QUEIJO, 2012, p. 42).

Por fim, denota-se posicionamento de Ferrajoli:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por HOBBS e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela

²² Haddad enfatiza que: “No século XVII, o combate entre o juramento e o direito ao silêncio tornou-se a luta entre o Parlamento e os tribunais de *common law* contra a Coroa. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romanistas não se realizou. Em 1641, o Parlamento aboliu a *Star Chamber* e a *High Commission* e impediu o uso de juramento nos julgamentos criminais. Eliminaram-se os mecanismos inquisitoriais da Coroa e os tribunais do *common law* começaram a dominar o sistema criminal inglês, sem as constantes intromissões indesejáveis da jurisdição real.” (2005, p. 109).

“tortura espiritual”, como a chamou PAGANO, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, nas palavras de FILANGIERI, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais. (FERRAJOLI, 2006, p. 560).

Ademais, entre os séculos XVIII e XIX, o *privilege against self-incrimination* ainda não possuía contornos objetivos e precisa definição da esfera de proteção do indivíduo, o que levou à criação de fórmulas processuais que visavam sanar tal obscuridade, resultando na regra da *witness privilege*²³, da *desqualification for interest*²⁴ e da *confession rule*²⁵, e que ainda mostravam-se insuficientes ao completo desenvolvimento do direito, o que somente foi solucionado a partir do *Garbett case* de 1847²⁶, que resolveu os problemas de limites entre a *confession rule* e o *witness privilege*, estendendo a regra de exclusão às testemunhas.

Portanto, verifica-se que o direito a não autoincriminação sob as vestes do *privilege against self-incrimination* encontrou solo fértil para surgimento e

²³ “[...] o *witness privilege*, que permitia mais do que o silêncio, ou seja, à testemunha, que não era parte, era consentido recusar-se a depor sobre qualquer questão que pudesse incriminá-la ou expô-la a futura perseguição. No início do século XIX, a regra era aplicada também para afirmações que poderiam potencialmente submeter a testemunha à ação civil ou a revelações degradantes.” (QUEIJO, 2012, p. 47).

²⁴ “A *desqualification for interest* era aplicada em processos criminais e civis. Por ela, desqualificava-se a parte, por interesse, para ser testemunha no próprio processo. Impedia a escolha do acusado entre testemunhar, sob juramento, ou não. Em outras palavras: estabelecia-se, por essa regra, que a parte não poderia ser testemunha no próprio processo, por seu manifesto interesse. Não poderia ser ouvida sob juramento. Extraía-se dela que, conseqüentemente, a parte não poderia ser compelida a fornecer prova contra si mesma. Somente neste último aspecto é que a regra se assemelhava ao *privilege against self-incrimination*.” (QUEIJO, 2012, p. 46-47).

²⁵ “A *confession rule* foi estabelecida no início do século XIX. Era regra de exclusão: confissões extorquidas por compulsão não eram admissíveis nos julgamentos. A proteção da regra poderia ser invocada, a qualquer tempo, no interrogatório. Ela se referia, especialmente, à compulsão empregada contra o acusado no pretrial. E havia o consenso de que o juramento, por si, já gerava tal compulsão. [...] Mas entendia-se que, quando o acusado fornecesse informações espontaneamente, não deveria incidir a *confession rule*.” (QUEIJO, 2012, p. 47).

²⁶ Em nota de rodapé Queijo enfatiza: “Destaque-se que *Garbett* envolvia caso de testemunho, em processo anterior, como prova contra o depoente, que se tornara acusado. No feito anterior, a pessoa havia respondido a algumas questões e deixado de responder a outras, sob o argumento do *witness privilege*. Ocorre que, se a testemunha começasse a responder a algumas perguntas, deveria fazê-lo com todas as demais. A defesa tentou trazer o caso a aplicação da *confession rule*, dizendo que o juramento havia funcionado como compulsão. A acusação sustentou a estreita leitura da *confession rule*. A Corte decidiu que o testemunho não era admissível como prova contra ela se algumas perguntas não foram respondidas. Também concluiu que o *witness privilege* tinha os mesmos atributos de exclusão da *confession rule*. Ao que parece, a decisão da Corte aplicou o remédio da exclusão, em caso de *witness privilege*, porque foi violado o direito ao silêncio.” (2012, p. 48).

desenvolvimento em território britânico, a partir do momento em que as Cortes Eclesiásticas e Reais foram abolidas pelo Parlamento Inglês, vedando-se a imposição de juramento *ex officio* e de tortura para obtenção de confissão, e mais que isso, a partir do reconhecimento da assistência do acusado por advogado, o que possibilitou o exercício do direito ao silêncio, pois não mais tinha de se dirigir diretamente ao Júri para efetivar sua defesa.

No que concerne ao direito estadunidense, que sem maiores discussões enquanto ex-colônia inglesa, adotou o sistema do *common law* e seus institutos, dentre eles o *privilege against self-incrimination*, verifica-se que o *leading case* em matéria de exclusão da *witness privilege* foi o caso *Horstman v. Kaufman*, na Pensilvânia em 1881.²⁷

No entanto, desde o século XVIII já se verificava a existência de diplomas legais contemplando o *privilege against self-incrimination*, podendo-se mencionar a produção das *bill of rights*, da *Declaração de Direitos da Virgínia*, de 12 de junho de 1776, a *Declaração de Direitos da Pensilvânia*, de setembro de 1776, além da expressa previsão na Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 em sua 5ª Emenda.²⁸

Já no século XX, mais precisamente em 1966, após diversos julgados a Suprema Corte Americana consagrou e complementou o *privilege against self-incrimination* por meio do paradigmático caso *Miranda v. Arizona* (384 US 436 – 1966), onde sedimentou a *Miranda warnings* enquanto padrões objetivos e escritos de confiabilidade do comportamento policial durante a prisão e o interrogatório (HADDAD, 2005, p.113) sendo obrigatório aos agentes policiais a advertência ao

²⁷ Segundo Queijo: “Nesse processo, a Corte da Pensilvânia citou *Garbett*, salientando que as afirmações das testemunhas, fornecidas sob compulsão, não podem ser acolhidas, do mesmo modo que as confissões que não são livres e voluntárias. Dessa forma, a violação ao *witness privilege* foi tratada do mesmo modo que a violação à *confession rule*.” (2012, p. 49).

²⁸ “O *privilege* é, então, acrescentado à Constituição em 1791, por intermédio da 5ª Emenda, proclamando-se, expressamente, que, ‘[...] nenhuma pessoa [...] será compelida em nenhum caso criminal a prover testemunho contra si mesma’.”(MARTELETO FILHO, 2012, p. 33, tradução nossa). *‘no person [...] shall be compelled in any criminal case to be witness against himself’*.

custodiado de que tem direito de ficar em silêncio ou, caso prefira falar, de consultar previamente seu advogado.²⁹

1.2.1.4 No direito brasileiro

Já no direito pátrio, de matriz notadamente romano-canônica e baseada nas Ordenações do Reino (Afonso de Albuquerque, Manoelinas e Filipinas), empregou-se o procedimento inquisitivo (com a adoção do sistema da prova legal e métodos violentos e enganosos para obtenção da confissão) que dominava a Europa Continental, não obstante as Ordenações Manoelinas em seu Livro V, Título LXIV e as Ordenações Filipinas em seu Livro V, Título CXXXIII, trouxessem previsão expressa do direito de não prestar juramento ou de não declarar.

A partir da fundação do Império e da Constituição de 1824, passou-se a abolir o emprego da tortura e a adotar o julgamento pelo Tribunal do Júri à semelhança do sistema inglês³⁰, passando o Código de Processo Criminal de 1832 a disciplinar o interrogatório como ato de defesa, onde o art. 98 possibilitava ao acusado trazer provas de sua inocência, permitindo-lhe permanecer em silêncio (COUCEIRO, 2004, p. 105-106), e o art. 94 expressava a liberdade de manifestação/declaração enquanto requisito para admissão da confissão.³¹

Prosseguindo, o Regulamento 737 de 1850 em seu art. 208, disciplinou o depoimento da parte e estabeleceu que a obrigatoriedade de tal depoimento

²⁹ Segundo Ramos: “As advertências hoje feitas compõem a chamada *Miranda Rule*. ‘Você tem o direito de permanecer calado’. Qualquer coisa que disser pode e será usada contra você no tribunal. Você tem o direito de falar com um advogado, e de ter um advogado presente durante quaisquer interrogatórios. Se não puder pagar um advogado, um lhe será fornecido por conta do governo.” (2009, p. 11, tradução nossa). No original: ‘*You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a Court of law. You have the right to be speak to an attorney, and to have an attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense.*’”

³⁰ “Assim, tem-se que a Constituição do Império, de 1824, aboliu, expressamente, a tortura, em seu artigo 179, § 19, e o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, adotou o julgamento pelo júri, nos mesmos moldes ingleses (com previsão do júri de acusação e de sentença, e com garantia do direito de defesa por advogado, sobretudo na segunda fase).” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 38).

³¹ “Art. 94. A confissão do réo em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstancias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova.” (BRASIL, 1832).

dependia, dentre outras circunstâncias, de ser “não criminoso”, ou melhor, não autoincriminador.³² Nesse sentido, enfatiza Haddad:

No ano de 1850, o Regulamento 737 disciplinou o depoimento da parte nos arts. 206 a 208. Estabeleceu que “para que a parte seja obrigada a depor e essencial: que os artigos sejam claros, precisos, não contraditórios, não criminosos, não difamatorios, e nem meramente negativos” (art. 208, § 1º). Pela primeira vez, facultou-se à parte silenciar se houvesse risco de prestar depoimento de conteúdo incriminatório. Se a legislação criminal pretérita garantira o respeito à liberdade de declaração do acusado, foi o diploma processual civil que trouxe inovação ao prever a possibilidade de permanecer calada a parte cujo depoimento lhe pusesse em risco de incriminação. (HADDAD, 2005, p.116).

Necessário mencionar ainda, o Decreto nº 848 de 11/10/1890 que instituiu a Justiça Federal, e em sua Exposição de Motivos, o Ministro Campos Sales consignou a natureza de meio de defesa do interrogatório³³; seguindo-se a Constituição Republicana de 1891, marcada pelo reconhecimento da plenitude de defesa e pela pluralidade de competências legislativas em matéria processual (COUCEIRO, 2004, p. 105, 108, 109), o que só veio a ser alterado pela Constituição de 1934, que restabeleceu a unidade legislativa em matéria processual à União Federal, de forma exclusiva e desembocou na edição do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal vigente até os dias atuais, complementa Marteleto Filho (2012, p. 39).

Com o Código de Processo Penal de 1941 consagrou-se, de forma expressa e específica, o direito ao silêncio no cenário nacional, no entanto, o art. 186, embora tenha previsto tal direito, apresentou contradição insanável ao permitir ao magistrado que interpretasse o silêncio do acusado em prejuízo da própria defesa, o que, na

³² “Art. 208. Para que a parte seja obrigada a depor é essencial: § 1º Que os artigos sejam claros, precisos, não contraditórios, não criminosos, não difamatorios, e nem meramente negativos. § 2º Que os artigos versem sobre materia de facto, e sobre cousa certa, e pertencente ou connexa com a causa”. (BRASIL, 1850).

³³ “Na mesma época da edição do Código Penal de 1890, criou-se a Justiça Federal brasileira. A Exposição de Motivos do Min. Campos Sales ao Decreto nº 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal, é sintomática a respeito do interrogatório como defesa: ‘No sistema adotado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o acusado tem o direito de responder laconicamente – sim ou não, e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. É a instalação definitiva do regime estabelecido pelas práticas dos tribunais ingleses e americanos: aí está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito de defesa’.” (HADDAD, 2005, p. 116).

visão de Haddad³⁴ “[...] retirava com uma mão o direito conferido pela outra”, e demonstrava claramente o espírito autoritário do diploma inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), de matriz facista. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 39).

Já no plano constitucional, a consagração do direito ao silêncio, enquanto primeira veste do direito a não autoincriminação, ocorreu na Constituição Federal de 1988, sendo estampado em nível de cláusula pétrea no art. 5º, LXIII, ao estabelecer que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Nesse viés, Queijo assevera:

Importante ressaltar que o texto constitucional refere-se especificamente ao acusado preso não para excluir a tutela ao acusado em liberdade, mas porque é nessa condição que o indivíduo se encontra mais vulnerável.

Igualmente, o direito ao silêncio, assegurado no texto constitucional, não se aplica somente ao interrogatório no inquérito policial, mas também em juízo.

Em face da Constituição de 1988, antes de iniciar o interrogatório, independentemente de previsão em legislação ordinária, o juiz deverá observar ao acusado que tem ele direito ao silêncio.

Em razão do reconhecimento do direito ao silêncio no texto constitucional de 1988, o posicionamento predominante na doutrina processual penal é de que o interrogatório é meio de defesa. (QUEIJO, 2012, p. 131).

Assim, a redação do art. 186, no tocante à possibilidade de interpretação do silêncio do acusado em prejuízo da própria defesa pelo magistrado, não foi recepcionado pelo texto constitucional.

Somente vindo a ser extirpada do Código de Processo Penal Brasileiro tal possibilidade de presunção em desfavor do réu em caso de opção pelo silêncio, com o advento da Lei nº 10.792/2003, consignando expressamente no parágrafo único do art. 186, que “[...] o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser

³⁴ “Decretou-se o Código de Processo Penal durante o governo de Getúlio Vargas, em 3 de outubro de 1941, cuja vigência se deu em 1º de janeiro de 1942, permanecendo em vigor até os dias atuais. O Código deixou antever laivos de autoritarismo, mas sem se esquecer do direito de defesa. Adotou-se o sistema francês, inscrito no Código de 1808, em que o interrogatório é feito antes das arguições e depoimentos, mais como um ato de instrução do que de defesa. Além de assegurar a liberdade de declaração, dispensar o juramento do acusado e relativizar o valor probatório da confissão, admitiu o exercício do direito ao silêncio. Porém, presumindo prejuízo ao réu que dele fizesse uso, não obstante, pela primeira vez, tenha sido incorporado ao processo penal brasileiro. Inicialmente, o Código de Processo Penal vigente assegurou a desnecessidade de o acusado responder às perguntas que lhe fossem formuladas durante o interrogatório. Contudo, acrescentou poder o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, retirando com uma mão o direito conferido pela outra.” (HADDAD, 2005, p. 118).

interpretado em prejuízo da defesa”, harmonizando o Código de Processo Penal Pátrio com o Texto Constitucional.

Da consagração do direito ao silêncio enquanto primeira veste do direito à não autoincriminação, decorreram inúmeras vertentes do direito a autodefesa negativa e positiva, onde a primeira impede que o indivíduo seja compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa, conforme Lopes Jr. (2013, p. 645).

E a segunda possibilita o conhecimento da acusação formulada, a não obrigatoriedade de resposta, e a apresentação de sua versão sobre os fatos, tudo isso, dentro de ambiente ou atmosfera livre de pressões ou torturas e orientado pela espontaneidade e voluntariedade.

Entretanto, em postura claramente retrógrada e aniquiladora do legislador, em 28 de maio de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.654/2012, alterando dispositivos da Lei nº 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e incide sobre a investigação policial e a execução penal.

Tal disposição legal autoriza a submissão compulsória do cidadão à coleta de material genético para armazenamento em banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federal mediante prévia autorização judicial e utilizado para fins probatórios (LOPES JR., 2013, p. 623), e que será abordada no terceiro capítulo.

1.2.2 CONTORNOS DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE DETEGERE)

Conforme demonstrado no item anterior, o direito a não autoincriminação surgiu tanto nos países do *civil law*, sob a forma do *nemo tenetur se tegere*, quanto nos países do *common law*, sob a forma do *privilege against self-incrimination*, como resposta aos atos coercitivos (tortura, engano, fraude) para obtenção da confissão

do acusado ou para obtenção de declarações de testemunha de caráter autoincriminador.³⁵

Portanto, a primeira veste do direito a não autoincriminação consiste no direito ao silêncio e legitima tanto acusado quanto testemunha a recusarem-se a responder perguntas feitas pela autoridade (policial ou judiciária), principalmente quando tiverem condão autoincriminatório. Nesse sentido Gössel esclarece:

O direito do acusado a guardar silêncio resultante desta citação e assim mesmo **o direito consequente das testemunhas a negar-se a declarar**, além das obrigações resultantes a instruir, se encontram codificados no StPO e já foram tratados em mais detalhes acima nos números de margem 43 ff e 28 ff.

Mas resta mencionar que a alegação do direito de negar-se a informar do art. 55, StPO não deve ser utilizada para incriminar à testemunha precedente em um procedimento penal ulterior, porque de outro modo estaria prejudicada a dignidade humana por violação do princípio *nemo tenetur* – sem nenhuma ponderação – se vê aqui uma suposta proibição só pela violação de uma norma de direito fundamental e extraída diretamente da Constituição.

Não obstante, “a proteção contra a autoincriminação” não se limita a procedimentos penais e comparáveis – e isto rege da mesma maneira para os acusados como também, e “em especial” para “testemunhas”. Mas esta “proteção contra a autoincriminação” não se outorga completamente “sem considerar se com isso não se minam interesses de terceiros dignos de tutela” - e por isso há que “ponderar” a **liberdade de autoincriminação** pertencente à salvaguarda da dignidade humana com **interesses de informação de terceiros** justificados, o que sem embargo conduz em um procedimento de quebra somente à confirmação da obrigação de informar do coautor, mas só quando esta obrigação é complementada “por uma

³⁵ Em nota de rodapé, Queijo afirma que: “Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ‘A garantia contra a autoincriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime’ (HC 79.244-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, desp. Proferido em 26-4-1999). E ainda: ‘Não configura o crime de falso testemunho quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la’ (Supremo Tribunal Federal, HC 73.035/DF, RE. Min. Carlos Velloso, j. 13-11-1996, RJT, 163/626); ‘Embora depondo como testemunha, após prestar juramento, não comete falso testemunho quem teria faltado à verdade sobre fato que o poderia incriminar, como parece ser a hipótese; incide aí o princípio *‘nemo tenetur se detegere’*, explicitamente consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e corolário, de resto, na garantia do devido processo legal’ (Supremo Tribunal Federal, HC 73.053-3, desp. proferido pelo Min. Celso de Mello, DJU, 26-9-1995, p. 31.400).” (2012, p. 239-240).

proibição penal de aproveitamento”. (GÖSSEL, 2002, p. 199, tradução nossa).³⁶

Ocorre que, com a evolução das técnicas de investigação e produção de provas, e do direito processual penal, o indivíduo passou a participar efetivamente da elucidação dos fatos não apenas pelas declarações prestadas em seu interrogatório, ou pela recusa em fazê-lo, mas também por meio de outras diligências que lhe exigem uma postura ativa ou passiva.³⁷

Antes de adentrar propriamente nos meios de prova que dependem de conduta ativa ou passiva do indivíduo, convém enfatizar a existência de métodos empregados no interrogatório para obtenção de confissão (muitas vezes presumida), os quais não são admitidos em nosso sistema processual penal por clara afronta ao direito a não autoincriminação e ao princípio da dignidade da pessoa humana, métodos estes em que se utiliza de substâncias químicas, como a narcoanálise, o

³⁶ “**El derecho del acusado a guardar silencio** resultante de esta cita y asimismo **el derecho consecuente de los testigos a negarse a declarar**, aparte de las obligaciones resultantes a instruir, se encuentran codificados en el StPO y ya fueron tratados más en detalle arriba en los núms. de margen 43 ff y 28 ff. Pero resta mencionar que la alegación del derecho de negarse a informar del art. 55, StPO no debe ser utilizada para incriminar al testigo precedente en un procedimiento penal ulterior, porque de otro modo estaría menoscabada la dignidad humana por violación del principio *nemo tenetur* – sin ninguna ponderación – se ve aquí una prohibición presunta solo por la violación de una norma del derecho fundamental y extraída directamente de la Constitución. No obstante, “la protección contra la autoincriminación” no se limita a procedimientos penales y comparables” – y esto rige de la misma manera para los acusados como también y “en especial” para “testigos”. Pero esta “protección contra la autoincriminación” no se otorga completamente “sin considerar si con ello se menoscaban intereses de terceros dignos de tutela” – y por eso hay que “ponderar” la **libertad de la autoincriminación** perteneciente a la salvaguardia de la dignidad humana con **intereses de información de terceros** justificados, lo que sin embargo lleva en un procedimiento de quiebra solamente a la confirmación de la obligación de informar del concursado, pero solo cuando esta obligación es complementada “por una prohibición penal de aprovechamiento”.”

³⁷ Hernández afirma que: “Efetivamente, os constantes avanços técnicos e científicos na investigação e averiguação dos fatos delitivos, provenientes do campo da medicina legal, ou da Política Científica – análises de DNA, provas psicométricas, heredobiológicas, Raios X, narcoanálises, etc. – nos fornecem dados decisivos para fixar os elementos das ações delitivas e seu possível autor, o que implica indubitáveis problemas ao ser recepcionadas no processo penal, ao ser o inculpado, ao mesmo tempo, sujeito do processo e objeto do mesmo, enquanto que sobre seu próprio corpo se realizará a intervenção.” (1995, p. 37, tradução nossa). “*En efecto, los constantes avances técnicos y científicos en la investigación y averiguación de los hechos delictivos, provinientes del campo de la medicina legal, o de la Política Científica – análisis de ADN, pruebas psicométricas, heredobiológicas, Rayos X, narcoanálisis, etc. – nos aportan datos decisivos para fijar los elementos de las acciones delictivas y su posible autor, lo que conlleva indudables problemas al ser recepcionadas en el proceso penal, al ser en inculpado, a la vez, sujeto del proceso y objeto del mismo, en cuanto que sobre su propio cuerpo se realizará la intervención.*” (1995, p. 37).

“soro da verdade”; ou psíquicos, como a submissão ao *lie detector* ou polígrafo³⁸, hipnose, dentre outros, o que é reforçado por Gil Hernández.³⁹

Sustenta-se a inaplicabilidade de tais métodos no interrogatório por retirarem justamente a essência da espontaneidade e voluntariedade das declarações, acarretando uma violência moral assemelhada à tortura⁴⁰, já que o indivíduo perde ou tem reduzida sua capacidade de autocontrole. E quanto ao último método, embora tenha aplicabilidade no processo penal estadunidense, além de submeter o indivíduo a tratamento constrangedor, violando sua liberdade psíquica, ainda

³⁸ Nesse sentido, Queijo afirma que: “[...] a narcoanálise, o “soro da verdade” e a hipnose tendem a anular os freios inibitórios do indivíduo e a sua capacidade de autocontrole. Já o *lie detector* ou polígrafo de Keeler é um método baseado nas modificações neurovegetativas do indivíduo induzidas pela tensão provocada pelo interrogatório, com alteração da frequência cardíaca e respiratória, suor nas mãos, coloração da face e outros.” (2012, p. 272).

³⁹ Segundo Hernández: “Outra das questões que cabe levantar, na matéria que nos ocupa, é a derivada da utilização processual da narcoanálise; isto é, ‘da aplicação de substâncias narcóticas como meio de examinar e descobrir nos acusados e suspeitos as ideias, pensamentos e recordações enterrados nas camadas mais profundas do psiquismo, e de obter, deste modo, a confissão de seu delito ou a prova de sua inocência’.” (1995, p. 83, tradução nossa) “*Otra de las cuestiones que cabe suscitar, en la materia que nos ocupa, es la derivada de la utilización procesal del narcoanálisis; es decir, “da aplicación de sustancias narcóticas como medio de escudriñar y descubrir en los acusados y sospechosos las ideas, pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, y de obtener, de este modo, la confesión de su delito o la prueba de su inocencia”.* (1995, p. 83).

⁴⁰ Hernández afirma, com base na sentença do Tribunal Supremo Espanhol: “E a Sentença do T.S. de 26 de novembro de 1991, que analisa um suposto caso no qual se tratava de injetar em dois processados o fármaco idôneo para levar a cabo a prova de narcoanálise conhecida como o já mencionado ‘soro da verdade’, chega à conclusão de que se trata de uma prova proibida, indicando, textualmente que: ‘a confissão arrancada mediante torturas, hipnoses ou soros da verdade está proibida implicitamente pelo art. 15 da Constituição espanhola, mas tampouco é admissível a utilização destes meios de prova quando sejam os próprios imputados quem os solicitem. O Ordenamento Jurídico e, com ele, os Tribunais, têm de velar por estes valores explícitos na Constituição. O imputado não pode convidar a que lhe torturem seus interrogadores nem a que lhe injetem drogas que se situem em posição de carência de liberdade. Neste instante perderá sua liberdade, sua dignidade e a própria grandeza do ser humano. Supondo, hipoteticamente, a possibilidade de uma prática deste tipo de provas, se o resultado for desfavorável ao acusado não seria aceitável porque faltaria a liberdade de declaração e, sendo assim, o precedente é recusá-la de forma incondicionada’.” (1995, p. 88, tradução nossa). “*Y la Sentencia del T.S. de 26 de noviembre de 1991, que analiza un supuesto en el que se trataba de inyectar a dos procesados el fármaco idóneo para llevar a cabo la prueba de narcoanálisis conocida como el ya mencionado ‘suero de la verdad’, llega a la conclusión de que se trata de una prueba prohibida, indicando, textualmente que: ‘la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el art. 15 de la Constitución española, pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. El Ordenamiento Jurídico y, con él, los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede invitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que se sitúen en posición de carência de libertad. En este instante há perdido su libertad, su dignidad a la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de la declaración y, siendo así, lo precedente es rechazarla de forma incondicionada’.*” (1995, p. 88).

apresenta pouca confiabilidade nos resultados obtidos, com críticas e reservas científicas a respeito.⁴¹

Quanto aos meios de prova que exigem ou dependem de postura ativa do indivíduo, pode-se conceituá-los como aqueles que dependem de uma cooperação ativa do mesmo para obtenção ou produção da prova, tais como, a acareação, participação em reprodução simulada dos fatos (reconstituição do crime), o fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico, a produção de sopro em etilômetro e a submissão a exame clínico para constatação de embriaguês, a alteração de expressão facial (MARTELETO FILHO, 2012, p. 79-80).

Já em relação aos meios de prova que dependem de postura passiva do indivíduo, verificam-se posicionamentos tanto na doutrina pátria quanto na estrangeira, que o acusado é considerado como objeto ou meio de prova, entendendo ser legítimo o ato de submeter coercitivamente o cidadão a intervenções corporais para coleta de material genético, inspeções corporais, buscas e registros corporais ou pessoais, já que não é ele quem verdadeiramente fornece a informação a ser introduzida no processo, mas sim o próprio meio de prova que o fará (perícia), não violando o direito a não autoincriminação (MARTELETO FILHO, 2012, p. 89).

Assim, tal doutrina sustenta que o imputado, em se tratando de provas que dependam de um comportamento meramente omissivo, de simples tolerância, ainda que invasivas à integridade ou intimidade corporal, não tem afetado o seu direito a não autoincriminação, já que ainda mantém a condição de objeto ou meio de prova, não obstante também assuma a prerrogativa de sujeito processual, confundindo-se ambas as condições na pessoa do indiciado/acusado.

Desse modo, consignam que não é o próprio indivíduo que efetivamente fornece o meio de prova, mas apenas o material suscetível de exame médico-

⁴¹ Hernández consigna: “O ‘lie detector’ (comumente denominado ‘detector de mentiras’), baseado no fato de que toda emoção determina no sujeito alterações do pulso, pressão sanguínea e respiração, que podem ficar registradas e comprovadas com grande exatidão mediante um aparato chamado polígrafo. Óbvio é dizer que tais métodos são uma manifestação de provas proibidas constitucionalmente, por infringir o direito a dignidade pessoal do art. 10 CE, autêntico embasamento de um Estado de Direito, como já vimos, fundamento da ordem política e da paz social, e incompatíveis, como ocorria com o emprego de substâncias narcóticas, com o espírito e finalidade do processo penal moderno.” (1995, p. 88, tradução nossa). “*El ‘lie detector’ (comumente denominado ‘detector de mentiras’), basado en el hecho de que toda emoción determina en el sujeto alteraciones del pulso, presión sanguínea y respiración, que pueden quedar registrados y comprobados con gran exactitud mediante un aparato llamado polígrafo. Obvio es decir que tales métodos son una manifestación de pruebas prohibidas constitucionalmente, por infringir el derecho a la dignidad personal del art. 10 CE, auténtico basamento de un Estado de Derecho, como ya vimos, fundamento del orden político y de la paz social, e incompatibles, como ocurría con el empleo de sustancias narcóticas, con el espíritu y finalidad del proceso penal moderno.*”

pericial; e a prova em si, somente será obtida com a realização do procedimento científico (perícia), já não mais vinculado ou dependente da vontade do cidadão, não havendo que se falar em violação do direito de não produzir e nem permitir que se produzam provas contra si mesmo.

No entanto, em se tratando de intervenções corporais *strictu sensu*, como sendo aquelas medidas que resultam em extração de elementos do corpo do indivíduo, agredindo a integridade ou intimidade física e moral e a dignidade da pessoa do sujeito passivo, a discussão mostra-se acirrada entre o direito à produção da prova e o direito fundamental da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Nesse sentido Marteleto Filho assevera:

No que se referem aos reconhecimentos pessoais, buscas, inspeções e registros, não há, salvo em situações limítrofes (como as investigações de orifícios naturais do corpo – boca, ânus e vagina), maiores questionamentos quanto à legitimidade das medidas, as quais se encontram regulamentadas em todos os ordenamentos pesquisados, inclusive no brasileiro.

Já as intervenções corporais, realizadas no escopo de se obter material genético, notadamente para a confecção de exames de DNA e testes de alcoolemia, consistem em um meio de prova controvertido, pois implicam na extração de elementos do próprio corpo do sujeito passivo para fins de investigação e comprovação do delito.

Tendo em mira o amplo suporte fático do *nemo tenetur* – que confere um direito genérico à não cooperação -, é forçoso reconhecer que tais medidas restringem o direito fundamental, porquanto reduzem a margem de liberdade e autonomia do arguido, que se vê obrigado a cooperar passivamente para a produção da prova potencialmente incriminatória. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 103).

Portanto, não obstante ao posicionamento doutrinário retrocitado que admite a obtenção de tais elementos genéticos mediante submissão coercitiva do indivíduo, enquanto mero objeto para obtenção da prova, a visão garantista do processo penal contemporâneo fundado no Estado Democrático de Direito, não coaduna com tal posicionamento, sendo certo que será analisado no capítulo segundo o tratamento dado pelos ordenamentos alienígenas, e no terceiro capítulo, o tratamento dado no ordenamento pátrio.

1.3 DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS ENQUANTO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À PROVA

1.3.1 Noções conceituais

O estudo das intervenções corporais demanda para um melhor desenvolvimento, da definição de bases conceituais abarcando os meios de prova que dependem de cooperação ativa ou passiva do indivíduo, e os que importam em invasão ou não do organismo humano.

Como a necessidade de postura ativa ou passiva do indivíduo já foi abordada satisfatoriamente no tópico anterior, imprescindível se faz a apresentação das bases conceituais das intervenções corporais e suas características invasivas e não invasivas do corpo humano.

Assim sendo, mister se faz o reconhecimento de uma visão *lato sensu* das intervenções corporais, e, conseqüentemente, de algumas formas especificadas de meios de prova produzidos ou obtidos junto ao corpo humano, cuja classificação variará conforme a doutrina e ordenamento jurídico analisados.

Nesse sentido, abordando a conceituação das intervenções corporais em sentido amplo, traz-se à baila doutrina de Serrano:

Por intervenções corporais cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio de coação direta se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele. (SERRANO, 1990, p. 290, tradução nossa).⁴²

Fortalecendo tal abordagem, denota-se posicionamento de Guridi quanto às espécies de medidas incidentes sobre o corpo humano, onde as classifica em inspeções corporais; registros corporais; diligências que suponham intervenção nos orifícios naturais do corpo; medidas que implicam em lesão dos tecidos ou revestimentos cutâneos e musculares; e a extração de amostras ou tecidos corporais:

⁴² “Por intervenciones corporales cabe entender, dentro del proceso, las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por médio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fáticas que sean de interes para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él.”

[...] As medidas enquadráveis no que se veio a denominar inspeção corporal (com a ressalva de que têm de afetar com maior ou menor intensidade ao pudor ou à intimidade corporal); os registros corporais que excedam as meras revistas pessoais superficiais antes assinaladas; as diligências que suponham uma intervenção (só de inspeção ou de busca ou atuação médica) nos orifícios naturais do corpo (ânus, boca, vagina); se compreenderiam também aquelas medidas que implicam uma lesão dos tecidos ou revestimentos cutâneos e musculares (o equivalente às ingerências corporais alemãs); de igual modo, a extração de amostras ou tecidos corporais encaixa perfeitamente na categoria a que nos referimos. (GURIDI, 1999, p. 64, tradução nossa).⁴³

Prosseguindo com as especificidades das intervenções corporais, verifica-se classificação adotada pelo doutrinador e professor argentino Falcone, que divide as atuações sobre o corpo do indivíduo em inspeções ou registros corporais e em intervenções corporais *stricto sensu*, conforme a seguir:

As atuações que podem levar-se a cabo sobre o corpo humano podem classificar-se como “inspeções ou registros corporais” e “intervenções corporais *stricto sensu*”. No primeiro caso não resulta afetado o direito a integridade física, já que não se produzem lesões sobre a pessoa, mas pode afetar-se sua intimidade corporal se recaem sobre partes íntimas do corpo (exame ginecológico).

Nas inpeções corporais se reconhece em geral que o bem jurídico tutelado é o pudor; a intimidade pessoal em princípio imune à ingerência dos poderes públicos que deve avaliar-se conforme critérios sociológicos. O âmbito de intimidade corporal constitucionalmente protegido não é coextenso com o da realidade física do corpo humano, porque não é uma entidade física senão cultural e determinada, em consequência, pelo critério dominante em nossa cultura sobre o recato corporal, de tal modo que não podem entender-se como intromissões forçadas na intimidade, aquelas atuações que, pelas partes do corpo humano sobre as que se opera, ou pelos instrumentos mediante os quais se realizam, não constituem segundo um critério idôneo, violação do pudor ou recato da pessoa.

Pelo contrário, nas intervenções corporais se encontra afetado o direito à integridade física enquanto implicam uma lesão ou menoscabo do corpo,

⁴³ “[...] *las medidas encuadrables en lo que se ha venido a denominar inspección corporal (con la savedad de que han de afectar con mayor o menor intensidad al pudor o a la intimidad corporal); los registros corporales que excedan de los meros cacheos superficiales antes señalados; las diligencias que supongan una intervención (solo de inspección o de búsqueda o actuación médica) en los orifícios naturales de cuerpo (ano, boca, vagina); se comprenderían también aquellas medidas que implican una lesión de los tejidos o revestimientos cutâneos y musculares (el equivalente a las injerencias corporales alemanas); de igual modo, la extracción de muestras o tejidos corporales encaja perfectamente en la categoría a la que nos referimos.*”

ainda que seja mínima ou afete tão só sua aparência externa. (FALCONE, 2007, p. 65-66, tradução nossa).⁴⁴

O autor prossegue em relação às intervenções corporais *stricto sensu*:

As diligências de intervenção corporal supõem uma intervenção sobre o corpo humano vivo, e consistem geralmente, em registros orientados à descoberta no interior do corpo do objeto do delito (drogas), assim como a extração de amostras corporais por meio de intervenções corporais que permitem averiguar circunstâncias relevantes acerca da existência do fato ou da intervenção do imputado (análise de sangue ou exames de DNA). (FALCONE, 2007, p. 71, tradução nossa).⁴⁵

Já Gómez Amigo igualmente reconhece a existência de conceituação genérica das medidas que resultam em afronta à integridade física ou à intimidade corporal, enquanto intervenções corporais, para, posteriormente, atribuir reconhecimento e classificação específica. Assim, afirma:

Por nossa parte, consideramos que as medidas de intervenção corporal constituem diligências sumárias de investigação e de obtenção e garantia das fontes de prova (prova pré-constituída), que recaem ou se praticam sobre a materialidade física da pessoa aos efeitos de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado no mesmo e seu grau de responsabilidade, restringindo ou limitando seus direitos fundamentais (integridade física ou intimidade corporal, com caráter geral); que podem praticar-se sem necessidade de que concorra o consentimento

⁴⁴ “Las actuaciones que pueden llevarse a cabo sobre el cuerpo humano pueden clasificarse como “inspecciones o registros corporales” e “intervenciones corporales stricto sensu”. En el primer caso no resulta afectado el derecho a la integridad física, ya que no se producen lesiones sobre la persona, pero si puede afectarse su intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (examen ginecológico). En las inspecciones corporales se reconoce en general que el bien jurídico tutelado es el pudor; la intimidad personal en principio inmune a la injerencia de los poderes públicos que debe evaluarse conforme a criterios sociológicos. El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad, aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se opera, o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. [...] Por el contrario, en las intervenciones corporales se encuentra afectado el derecho a la integridad física en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sea mínima o afecte tan solo su apariencia externa.”

⁴⁵ “Las diligencias de intervención corporal suponen una intervención sobre el cuerpo humano vivo, y consisten generalmente, en registros orientados al descubrimiento en el interior del cuerpo del objeto del delito (drogas), así como la extracción de muestras corporales por medio de intervenciones corporales que permiten averiguar circunstancias relevantes acerca de la existencia del hecho o de la intervención del imputado (análisis de sangre o exámenes de ADN).”

do imputado; e que deverão decretar-se no curso de um processo pendente. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 26, tradução nossa).⁴⁶

Prosseguindo, Gómez Amigo sustenta a existência de reconhecimento das medidas que resultam em afetação à intimidade corporal como sendo inspeções e registros corporais⁴⁷, e as que resultam em afetação da integridade física como sendo intervenções corporais, baseando tal reconhecimento e classificação na sentença 207/1996, proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, conforme a seguir:

Assim, segundo a sentença que seguimos, as denominadas inspeções e registros corporais são “aquelas que consistem em qualquer gênero de reconhecimento do corpo humano, bem seja para a determinação do imputado (diligências de reconhecimento em roda, exames datiloscópicos ou antropomórficos, etc.) ou de circunstâncias relativas à prática do fato punível (eletrocardiogramas, exames ginecológicos, etc.) ou para a descoberta do objeto do delito (inspeções anais ou vaginais)”, nas que “em princípio não resulta afetado o direito à integridade física, ao não produzir-se geralmente, lesão ou menoscabo do corpo, mas sim pode ver-se afetado o direito fundamental à intimidade corporal (art. 18.1 CE) se recaem sobre partes íntimas do corpo, como foi o caso examinado na STC 37/1989 (exame ginecológico), ou incidem na privacidade.”

As intervenções corporais são “as consistentes na extração do corpo de determinados elementos internos ou externos para ser submetidos a exame pericial (análise de sangue, urina, pêlos, unha, biópsias, etc.) ou em sua

⁴⁶ “Por nuestra parte, consideramos que las medidas de intervención corporal constituyen diligencias sumariales de investigación y de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba (prueba preconstituida), que recaen o se practican sobre la materialidad física de la persona a los efectos de comprobar la existencia del hecho punible y la participación en el mismo del imputado y su grado de responsabilidad, restringiendo o limitando sus derechos fundamentales (integridad física o intimidad corporal, con carácter general); que pueden practicarse sin necesidad de que concurra el consentimiento del imputado; y que deberán decretarse en el curso de un proceso pendiente.”

⁴⁷ “[...] esta categoria abarca os reconhecimentos do corpo humano que sobressaem o que são os meros registros superficiais (cacheos), consistentes em inspeções das cavidades naturais do corpo, bem para a determinação de circunstâncias relativas à prática do fato punível (exame ginecológico para comprovar a realização ou não de um delito de aborto), bem para a descoberta do objeto do delito (inspeções anais ou vaginais para comprovar se se esconde droga nestas cavidades), ou simplesmente no reconhecimento visual do corpo totalmente nu do afetado. Além do mais, posto que a finalidade dos exames radiológicos é também a de comprovar se o imputado porta no interior do corpo alguma substância de tráfico ou posse ilícita, na realidade são meios de registro corporal e por isso os estudaremos dentro desta categoria, já que temos visto como a classificação que realiza a STC 207/1996 (RTC 1996, 207) é só aproximativa.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 98-99, tradução nossa). “[...] esta categoria abarca los reconocimientos del cuerpo humano que sobrepasen lo que son los meros registros superficiales (cacheos), consistentes en inspecciones de las cavidades naturales del cuerpo, bien para la determinación de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (examen ginecológico para comprobar la realización o no de un delito de aborto), bien para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales para comprobar si se esconde droga en estas cavidades), o simplemente en el reconocimiento visual del cuerpo totalmente desnudo del afectado. Además, puesto que la finalidad de los exámenes radiológicos es también la de comprobar si el imputado porta en el interior del cuerpo alguna sustancia de tráfico o tenencia ilícita, en realidad son medios de registro corporal y por ello los estudiaremos dentro de esta categoría, ya que hemos visto cómo la clasificación que realiza la STC 207/1996 (RTC 1996, 207) es solo aproximativa.”

exposição a radiações (raio X, TAC, ressonâncias magnéticas, etc.), com objetivo também de averiguar determinadas circunstâncias relativas à prática do fato punível ou à participação no direito à integridade física (art. 15 CE), enquanto impliquem uma lesão ou prejuízo ao corpo, ainda que não seja de sua aparência externa. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 96, tradução nossa).⁴⁸

No entanto, o epígrafado autor critica a classificação adotada pela supracitada sentença no tocante ao grau de sacrifício imposto à integridade física do indivíduo por conta das intervenções corporais leves ou graves, fazendo-o nos seguintes termos:

Por sua vez, a STC 207/1996 classifica as intervenções corporais em leves ou graves, atendendo ao grau de sacrifício que se imponha ao direito à integridade física: “leves, quando, à vista de todas as circunstâncias concorrentes, não sejam, objetivamente consideradas, suscetíveis de pôr em perigo o direito à saúde nem de ocasionar sofrimentos à pessoa afetada, como em geral ocorrerá em caso de extração de elementos externos do corpo (como o pêlo ou unhas) ou inclusive alguns internos (como as análises de sangue), e graves, em caso contrário (por exemplo, punções lombares, extração de líquido cefalorraquídeo, etc.)”.

[...]

Além do mais, a caracterização de determinadas intervenções corporais como leves permite posteriormente à sentença que comentamos estabelecer que, em tais suposições leves e nas de simples inspeções ou reconhecimentos corporais, por razões de urgência e necessidade, a lei autorizar que se dispusessem pela polícia judicial e não pelo órgão jurisdicional. É certo que o corte ou a extração de pelo, por exemplo, afeta a integridade corporal em escassa medida, ainda que incida sobre o direito à intimidade em razão da informação que pode obter-se por meio de sua análise; as simples inspeções ou reconhecimentos afetarão de maneira leve a integridade física se praticam com as garantias médicas adequadas, mas não ocorre o mesmo com respeito à intimidade corporal; por sua parte, os registros radiológicos incidem de maneira importante sobre a integridade física, sendo assim que trata-se de medidas de registro corporal que ordinariamente devem preferir-se às inspeções e registros manuais. [...] Por isso, entendemos que não existem medidas de intervenções corporais

⁴⁸ “Así, según la sentencia que seguimos, las denominadas inspecciones y registros corporales son “aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales)”, en las que “en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”. Las intervenciones corporales son “las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”.

leves, pelo que todas elas necessitarão autorização judicial. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 96-98, tradução nossa).⁴⁹

Destarte, para o doutrinador em questão não existem intervenções corporais leves, já que mesmo as medidas que importem em menor grau de afronta à integridade física do indivíduo, ainda incidirão sobre a intimidade corporal enquanto desdobramento da privacidade pessoal do mesmo, dependendo em ambos os casos das mesmas regras e critérios para admissão, os quais serão abordados a frente.

Fazendo expressa menção à doutrina alemã, verifica-se classificação apresentada por Fiori, onde as intervenções corporais lato *sensu* dividem-se em investigações corporais, consideradas de menor complexidade e sem exposição de risco à vida ou a saúde do indivíduo; e em ingerências corporais, como sendo as mais graves e que acarretam riscos à saúde do destinatário da medida, fazendo ainda, direta crítica à doutrina que sustenta a necessidade de consentimento do indivíduo apenas em relação às últimas:

Em que pese estarmos trabalhando sob um conceito lato de intervenção corporal, até mesmo em razão da heterogeneidade de suas espécies, é preciso fazer referência à doutrina alemã que subdivide as espécies de intervenção corporal, queremos dizer, ela chama de investigação corporal aquelas medidas mais simples que não colocam a saúde do destinatário de tal medida em perigo, e os procedimentos mais complexos, mais graves, que podem causar riscos à saúde, denomina ingerência corporal. O mais estarrecedor é que há uma parte da doutrina que sustenta que somente se a medida for considerada grave é que deve ser necessário o consentimento do destinatário, na maioria das vezes o acusado, e, se o mesmo negar,

⁴⁹“A su vez, la STC 207/1996 clasifica las intervenciones corporales en leves o graves, atendiendo al grado de sacrificio que se imponga al derecho a la integridad física: “leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por la general ocurrirá en el caso de extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, punciones lumbares, extracción de líquido ceforraquídeo, etc.)”. [...] Además, la caracterización de determinadas intervenciones corporales como leves permite posteriormente a la sentencia que comentamos establecer que, en tales supuestos leves y en los de simples inspecciones o reconocimientos corporales, por razones de urgencia y necesidad, la ley podría autorizar que se dispusieran por la policía judicial y no por el órgano jurisdiccional. Es cierto que el corte o la extracción de pelo, por ejemplo, afecta a la integridad corporal en escasa medida, aunque incide sobre el derecho a la intimidad en razón de la información que puede obtenerse por medio de su análisis; las simples inspecciones o reconocimientos afectarán de manera leve a la integridad física si se practican con las garantías médicas adecuadas, pero no ocurre lo mismo con respecto a la intimidad corporal; por su parte, los registros radiológicos inciden de manera importante sobre la integridad física, siendo así que se trata de medidas de registro corporal que ordinariamente deben preferirse a las inspecciones y registros manuales. [...] Por ello, entendemos que no existen medidas de intervención corporal leves, por lo que todas ellas necesitarán autorización judicial. Lo que si es cierto es que los registros corporales superficiales (cacheos), aunque inciden sobre el ámbito personal de libertad y privacidad, no afectan a la integridad corporal, y solo muy levemente a la intimidad, y por esta razón se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la prevención y la represión eficaz de la criminalidad. Pero insistimos, no existen intervenciones corporales leves que, como tales, puedan ser dispuestas por autoridad distinta de la judicial.”

deverá ser responsabilizado pelo crime de desobediência por descumprir uma ordem judicial, como também deve ser conduzido sob coerção, sempre que a medida for essencial para a resolução da investigação/processo. (FIORI, 2008, p. 113-114).

Ainda no direito alemão, verifica-se conturbada questão concernente à possibilidade de realização de medidas incidentes sobre o organismo do indivíduo aptas a causar-lhe risco à saúde ou à vida, ou mesmo sofrimento físico ou psicológico, no intuito de se realizar estudo psiquiátrico e, consistentes em extração de líquido cefalorraquídeo por meio de punções lombares, prescindindo do consentimento do sujeito passivo da medida.⁵⁰ Nesse sentido, enfatiza Serrano:

Que, sem embargo, se são admitidas na Alemanha, onde se aceitam desde medidas inócuas para a saúde, como uma análise de sangue, até medidas pseudocirúrgicas, como punções lombares ou outras medidas tendentes a medir líquidos cefalorraquídeos, pelo que o Tribunal Constitucional alemão e a doutrina científica unanimemente têm denominado por uma estrita aplicação da ponderação de interesses em sua prática, exigindo a investigação de um delito cuja gravidade possa justificar seu uso. (SERRANO, 1990, p. 291, tradução nossa).⁵¹

Corroborando com tal entendimento, traz-se à baila posicionamento de Falcone:

Existem sistemas como o alemão, no qual as medidas de intervenção corporal permitem investigar o estado psíquico do imputado para determinar sua eventual responsabilidade penal. Assim se autoriza a extração de líquido cefalorraquídeo, mediante punção praticada nas vértebras lombares (punção lombar) ou na nuca (punção suboccipital). Também se permite a realização de neumoencefalogramas (punção no conduto raquídeo para extrair medula espinhal e líquido cerebral com o fim de insuflar ar na câmara cerebral e conseguir sua visualização mediante radiologia) ou arteriografias

⁵⁰ Gómez Amigo afirma: “Como já se expôs, não consideramos admissíveis determinadas intervenções corporais destinadas à investigação do estado psíquico do imputado (assim, a extração de líquido cefalorraquídeo mediante punções lombares ou punção suboccipital), nem sequer com seu consentimento, já que, além de resultar discutível seu valor de diagnóstico, a estes efeitos, podem provocar transtornos para a saúde e moléstias consideráveis; e, de outra parte, estimamos que os simples exames psiquiátricos ou psicológicos não podem catalogar-se como medidas de intervenção corporal, posto que não supõem uma intervenção sobre o corpo, nem sequer sobre sua superfície.” (2003, p. 106, tradução nossa). “*Como ya se expuesto, no consideramos admisibles determinadas intervenciones corporales destinadas a la investigación del estado psíquico del imputado (así, la extracción de líquido cefalorraquídeo mediante punciones lumbares o sub-occipitales), ni siquiera con su consentimiento, ya que, además de que resulta discutible su valor de diagnóstico a estos efectos, pueden provocar trastornos para la salud y molestias considerables; y, de otra parte, estimamos que los simples exámenes psiquiátricos o psicológicos no pueden catalogarse como medidas de intervención corporal, puesto que no suponen una intervención sobre el cuerpo, ni siquiera sobre su superficie.*”

⁵¹ “*Que, sin embargo, si son admitidas en Alemania, donde se aceptan desde medidas inocuas para la salud, como un análisis de sangre, hasta medidas pseudoquirúrgicas, como punciones lumbares u otras medidas tendentes a medir líquidos cefalorraquídeos, por lo que el Tribunal Constitucional alemán y la doctrina científica unánimemente han chamado por una estricta aplicación de la ponderación de intereses en su práctica, exigiendo la investigación de un delito cuya gravedad pueda justificar su uso.*”

(aplicação de um meio de contraste na artéria carótida para realizar posteriormente uma radiografia cerebral). Estas medidas que na Alemanha, como se disse, podem impor-se coativamente importam um grave transtorno para a saúde do imputado, também uma grande dor, moléstias, motivos pelos quais, a nosso juízo não podem impor-se senão por meio de seu consentimento. Só no caso de que tais ingerências não representem uma intervenção grave, por exemplo, a extração de sangue, pêlos, unhas, fios de cabelo, isto é, intervenções corporais leves, poderão impor-se coativamente. (FALCONE, 2007, p. 71-72, tradução nossa).⁵²

Já no direito colombiano, verifica-se doutrina de Ávila (2008, p. 290), seguindo orientação adotada pela Corte Constitucional Colombiana, ao reconhecer as intervenções corporais em sua forma genérica, dando classificação aos atos ou diligências que se realizam sobre o corpo do indivíduo, como sendo **registros corporais** aquelas que exploram a superfície do corpo humano, suas vestes e o que possa estar acobertado sob as mesmas, além de pertences íntimos.

Prosseguindo pelas **inspeções corporais** como sendo aquelas que se prestam ao exame de orifícios naturais do corpo humano ou mesmo o interior do corpo quando possíveis elementos de prova tenham sido engolidos ou ocultados no interior de tais orifícios; e as obtenções de **amostras íntimas** consistentes na colheita e obtenção de elementos ou substâncias corpóreas, tais como sangue, saliva, sêmen, fios de cabelo, unhas, pelos e etc.⁵³

⁵² “Existen ordenamientos como el alemán, en el cual las medidas de intervención corporal permiten investigar el estado psíquico del imputado para determinar su eventual responsabilidad penal. Así se autoriza la extracción de líquido cefalorraquídeo, mediante punción practicada en las vértebras lumbares (punción lumbar) o en la nuca (punción suboccipital); también se permite la realización de neumocencefalogramas (punción en el conducto raquídeo para extraer medula espinal y líquido cerebral con el fin de insuflar aire en la cámara cerebral y conseguir su visualización mediante radiología) o arteriografías (inyección de un medio de contraste en la arteria carótida para realizar posteriormente una radiografía cerebral. Estas medidas que en Alemania, como se digo, pueden imponerse coactivamente importan un grave trastorno para la salud del imputado, también un grave dolor, molestias, motivos por el cual, a nuestro juicio no pueden imponerse si no media su consentimiento. Sólo en el caso de que tales injerencias no representen una intervención grave, por ejemplo la extracción de sangre, pelos, uñas, cabellos, esto es, intervenciones corporales leves, podrán imponerse coactivamente.”

⁵³ “A Corte Constitucional anota que dentro deste conjunto de medidas se encontram ‘(i) o registro corporal, entendido de maneira geral como a exploração da superfície do corpo, ou abaixo da vestimenta da pessoa para buscar coisas sujeitas ao corpo mediante adesivos; (ii) a inspeção corporal, que se emprega para examinar os orifício corporais naturais (boca, ânus, vagina, etc.) e o interior do corpo da pessoa afetada, quando o objeto buscado tenha sido engolido ou ocultado no interior de tais orifícios; e (iii) a obtenção de amostras íntimas, tais como sêmen, sangue, saliva, fios de cabelo, etc.’” (Sentença C-822 de 2005). (ÁVILA, 2008, p. 145, tradução nossa). “La Corte Constitucional anota que dentro de este conjunto de medidas se encuentran ‘(i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado há sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc.’”

Na doutrina pátria, Queijo tem tratado das provas que dependem da cooperação do indivíduo classificando-as em provas que implicam em intervenção corporal e provas que não implicam em intervenção corporal, e no primeiro caso, subdividindo-as em provas invasivas e não invasivas:

As provas que implicam intervenção corporal no acusado podem ser invasivas ou não invasivas. Consideram-se invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não.

Entre as provas invasivas podem ser enumeradas diversas perícias, como os exames de sangue em geral, o exame ginecológico e a identificação dentária, e, ainda, a endoscopia e o exame do reto, que são frequentemente empregados em buscas pessoais. A busca pessoal, também denominada revista, pode ser realizada por meio de intervenções corporais invasivas ou não invasivas.

As provas não invasivas compreendem outras tantas perícias, como o exame de matérias fecais, os exames de DNA realizados a partir dos fios de cabelo e pelos; as identificações dactiloscópicas, de impressões de pés, unhas e palmar e também a radiografia, empregada em buscas pessoais. (QUEIJO, 2012, p. 290).

Após as considerações e posicionamentos doutrinários retrocitados, verifica-se diversidade conceitual das medidas que incidem sobre o corpo humano afetando tanto a integridade física quanto a intimidade corporal do indivíduo, o que se explica pela constante evolução das técnicas e métodos de investigação, que possibilitam uma multiplicidade de medidas e pela heterogeneidade de tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos de cada país, que atribuem classificações diversas à tais intervenções, e mais que isso, estabelecem mecanismos para aceitação ou rejeição dos elementos probatórios obtidos com as mesmas.

Necessário consignar que a presente pesquisa não objetiva exaurir todas as hipóteses conceituais, até pelo marco teórico a que se propõe ao abordar o conflito entre o direito à produção de prova e o direito a não autoincriminação no tocante às intervenções corporais, realizando, tão somente, uma abordagem aproximativa das dimensões e classificações de tais medidas.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*) E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO DIREITO COMPARADO – EUROPA E AMÉRICA DO SUL

2.1 EUROPA

2.1.1 Alemanha

No direito alemão verifica-se expressa previsão e reconhecimento do direito a não autoincriminação no § 136 da Ordenação Processual Penal (Código de Processo Penal), consagrando o princípio segundo o qual ninguém será forçado a se autoincriminar, proscrevendo-se emprego de meios degradantes, cruéis e enganosos para cercear a liberdade de declaração do acusado (MARTELETO FILHO, 2012, p. 127-128).

No entanto, o direito a não autoincriminação, enquanto desdobramento do direito de personalidade, no sistema processual penal alemão resguarda apenas o indivíduo da obrigação de participar ativamente de qualquer medida tendente à obtenção de prova que possa incriminá-lo, admitindo a realização de diligências onde sua participação seja apenas de forma passiva, isto é, sem necessidade de colaboração ativa para a produção das mesmas.⁵⁴

Especificando a incidência do direito a não autoincriminação no direito processual penal alemão, consistente apenas na proibição de coação do indivíduo a medidas que exijam uma colaboração ativa para a produção da prova, Gössel enfatiza a situação da obtenção de sêmen junto ao corpo do mesmo:

⁵⁴ Gössel menciona em consonância com os julgados n. 56, 37 e 43 do Tribunal Constitucional Federal alemão, e com as Resoluções do Tribunal Supremo Federal alemão n. 34, 39 e 46: “Ao direito da personalidade corresponde, entre outros, a ‘proibição da autoincriminação no processo penal’, que exclui toda obrigação do imputado para uma ativa participação em seu próprio procedimento, de sorte que o imputado não pode ser obrigado à realização de testes, reconstruções do fato ou provas caligráficas [...] Na coativa obtenção de amostra de sangue, como na coativa obtenção de fotografias e impressões digitais, a obtenção do material celular necessário para as investigações genéticas não é dependente da colaboração ativa do imputado (como acontece nas provas linguísticas, caligráficas e teste da mesma), de tal forma que da execução daquelas há de derivar-se uma incidência sobre o direito da personalidade.” (2002, p. 137, tradução nossa). “*Al derecho de la personalidad corresponde, entre otros, la ‘prohibición de la autoinculpción en el proceso penal’, que excluye toda obligación del inculpado hacia una activa participación del mismo en su propio procedimiento, de suerte que el inculpado no puede ser obligado a la realización de test, reconstrucciones del hecho o pruebas caligráficas[...] En la coactiva obtención de muestra de sangre, igual que en la coactiva obtención de fotografías y huellas dactilares, la consecución del material celular necesario para las investigaciones genéticas no es dependiente de la activa colaboración del inculpado (como acontece en las pruebas linguísticas, caligráficas y de test del mismo), de tal forma que de la ajecución de aquéllas ha de derivarse una incidência sobre los derechos de la personalidad.*”

Pelo contrário, a obtenção de sêmen necessita do consentimento do afetado, de modo que a obtenção do mesmo de forma coativa ou por qualquer meio de manipulação orgânica, ao não haver meios de extração disponíveis como na prova de sangue, parece ser contrária à dignidade humana e não pode ser estimada admissível, ainda que exista contraditória valoração doutrinária a respeito. (GÖSSEL, 2002, p. 132, tradução nossa).⁵⁵

O mesmo ordenamento prevê medidas que incidem sobre o corpo humano, denominando-as de intervenções corporais *lato sensu*, e dividindo-as em investigações corporais, consideradas de menor complexidade e sem exposição de risco à vida ou a saúde do indivíduo; e em ingerências corporais, como sendo as mais graves e que geram riscos à saúde do destinatário da medida.

A Ordenação Processual Penal alemã (StPO) prevê expressamente em seu parágrafo 81-a, a realização de intervenções corporais sobre o acusado para a obtenção de informações relevantes e significativas quanto aos fatos investigados ou tratados no processo, ainda que sem consentimento do indivíduo, com a ressalva de que não resultem em nenhum risco à saúde do sujeito passivo da medida.⁵⁶

Comentando o supracitado dispositivo do Código de Processo Penal alemão, assevera Haddad:

O exame corporal pode ser ordenado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou pela autoridade policial em caso de urgência. A coleta de sangue, a análise genética, o encefalograma, entre outros, são executados por um médico, a teor do § 81 “a” StPO, sem necessidade de

⁵⁵ “*Por el contrario, la obtención de semen precisa del consentimiento del afectado, de forma que la obtención del mismo en forma coactiva o por cualquier medio de manipulación orgánica, al no haber medios de extracción disponibles como en la prueba de la sangre, parece ser contraria a la dignidad humana y no puede ser estimada admisible, aunque exista contradictoria valoración doctrinal al respecto.*”

⁵⁶ Tapia reproduz o disposto no parágrafo 81-a do Código de Processo Penal Alemão (StPO): “Assim o § 81^a da Ordenação Processual Penal alemã estabelece: (1) Se pode ordenar o exame corporal do acusado para a constatação de fatos significativos para o procedimento. Com esta finalidade, são admissíveis sem o consentimento do acusado, as provas de análises sanguíneas e outras intervenções corporais, efetuadas por um médico segundo as regras da ciência médica com finalidades investigatórias, se não é de temer nenhum dano para a saúde do acusado. (2) Sua disposição compete ao juiz. Se coloca-se em perigo o êxito da investigação por demora, também ao Ministério Público e seus auxiliares. (3) As análises sanguíneas ou de outras células corporais extraídas do acusado só podem ser utilizadas para finalidades do processo penal subjacente à extração ou de outro pendente; devem ser anuladas sem perda de tempo tão cedo já não sejam necessárias para o processo.” (2011, online, tradução nossa). “*Así el § 81a de la Ordenanza Procesal Penal establece: (1) Se puede ordenar en examen corporal del acusado para la constatación de hechos significativos para el procedimiento. Con esta finalidad son admisibles, sin el consentimiento del acusado, las pruebas de análisis sanguíneos y otras intervenciones corporales, efectuadas por un médico según las reglas del arte médico con finalidades investigadoras, si no es de temer ningún daño para la salud del acusado. (2) Su disposición compete al juez. Si se pone en peligro el éxito de la investigación por demora, también a la fiscalía y a sus funcionarios auxiliares. (3) Los análisis sanguíneos o de otras células corporales extraídas del acusado sólo se pueden utilizar para finalidades del proceso penal subyacente a la extracción o de otro pendiente; deben ser anulados sin pérdida de tiempo tan pronto como ya no sean necesarios para el proceso.*”

consentimento do acusado. O assentimento do réu somente é exigido se há risco para a saúde, em caso de intervenção médica particularmente grave ou suscetível de fracasso. Mesmo para as pessoas que possuam no corpo uma seqüela ou um elemento do crime (projétil, veneno, esperma etc) é cabível a intervenção médica, aplicando-se medidas de constrição em caso de recusa, além de se condenar ao pagamento de multa. (HADDAD, 2005, p. 310-311).

Segundo o referido autor a regulamentação das intervenções corporais no direito processual penal alemão remonta a 1933, data da entrada em vigor de modificação na legislação, pois anteriormente a tal período somente se admitia a realização de exames corporais, e para o qual, a redação do § 81-a do StPO foi fundamentalmente influenciada pela tomada do poder pelos nacionalistas-socialistas, dada a proximidade temporal.

Assinala ainda, que, considerando-se a inexistência à época do exame de DNA, os questionamentos acerca da aplicação da previsão legal em questão, enquanto fundamento para realização de exame hematológico foram resolvidos por meio da jurisprudência, vindo a introduzir-se a análise do genoma apenas em março de 1997, com o acréscimo dos § 81 “e” e “f” ao StPO.

Nesse sentido, Etxeberria Guridi enfatiza que o Tribunal Constitucional Federal alemão já havia validado a extração hematológica por meio da Resolução de 10 de junho de 1966, e outros pronunciamentos subsequentes, todos anteriores a qualquer regulação normativa, bem como o Tribunal Supremo Federal (BGH)⁵⁷, conforme a seguir exposto:

Anteriormente a qualquer regulação normativa, destacou o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) que a extração hematológica ao objeto de praticar uma análise de DNA resulta adequada para “a constatação de fatos relevantes para o processo” e que a impressão genética resultante de uma análise de DNA permite “obter indicações de peso acerca da exclusão destas suspeitas”. Inclusive se referiu a estas técnicas em termos de “diligências de investigação” (Ermittlungsmaßnahmen) que se tem de praticar na fase preparatória

⁵⁷ Segundo Guridi, em nota de rodapé, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a pronunciar-se sobre a possibilidade e validade de extração hematológica para fins de prova no processo penal, acompanhado pelo Tribunal Supremo Federal alemão e por alguns Tribunais inferiores, anteriormente a qualquer regulação normativa: “Auto de 21 de agosto de 1996, em NStZ, 1996, núm. 12, pág. 607. No mesmo sentido o Auto do mesmo Tribunal de 18 de setembro de 1995, em NstZ, 1996, núm. 1, pág. 46. Também o Tribunal Supremo Federal (BGH), sentença de 25 de abril de 1991, em NJW, 1990, núm. 46, pág. 2945. Inclusive Tribunais inferiores como o LGHeilBronn, sentença de 19 de janeiro de 1990, NJW, 1990, num. 12, pág. 785.” (2000, p. 25, tradução nossa). “Auto de 21 de agosto de 1996, en NStZ, 1996, núm. 12, pág. 607. En el mismo sentido el Auto del mismo Tribunal de 18 de septiembre de 1995, en NstZ, 1996, núm. 1, pág. 46. También el Tribunal Supremo Federal (BGH), sentencia de 25 de abril de 1991, em NJW, 1990, núm. 46, pág. 2945. Incluso Tribunales inferiores como el LGHeilBronn, sentencia de 19 de enero de 1990, NJW, 1990, num. 12, pág. 785.

(Ermittlungsverfahren) do juízo oral. (GURIDI, 1999, p. 410, tradução nossa).⁵⁸

Portanto, a partir da redação do § 81-a da Ordenação Processual Penal alemã, verifica-se a previsão legal para submissão do suspeito ou acusado à intervenções corporais consistentes em exames sanguíneos e outras intervenções sobre o corpo deste, ainda que sem consentimento do sujeito passivo de tais medidas, legitimando-se a submissão compulsória com a condução obrigatória do indivíduo ao local da extração dos elementos corpóreos e responsabilizando a recusa com pena de multa.

Necessário consignar que, a previsão legal do parágrafo 81-a (2) da Ordenação Processual Penal alemã é enfática quanto à necessidade de ordem judicial determinando a realização de intervenções corporais sobre o organismo do indivíduo, excetuando tal determinação apenas em caso de perigo na demora, onde se legitima a determinação da medida pelo Ministério Público ou seus auxiliares⁵⁹, condicionada a validade da medida, nos últimos casos, ao conhecimento posterior pelo magistrado.

A ressalva admitida pelo ordenamento germânico diz respeito à imprescindibilidade das intervenções corporais não importarem em risco à vida ou a saúde do sujeito passivo da medida, e serem realizadas por profissional da medicina, de modo que, em caso de ocasionar potenciais riscos à vida ou saúde do indivíduo, somente poderão ser realizadas com o consentimento deste e após ser expressamente cientificado de tais riscos.⁶⁰

No tocante às intervenções corporais realizadas para obtenção de elementos corpóreos junto ao organismo do sujeito passivo da medida e suscetíveis de análise

⁵⁸ “Con anterioridad a cualquier regulación normativa, puso de relieve el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) que la extracción hematológica al objeto de practicar un análisis de ADN resulta adecuada para “la constatación de hechos relevantes para el proceso” y que la huella genética resultante de un análisis de ADN permite “obtener indicaciones de peso acerca de la exclusión de dichas sospechas”. Incluso se referiró a dichas técnicas em términos de “diligencias de investigación” (Ermittlungsmaßnahmen) que se han de practicar en la fase preparatoria (Ermittlungsverfahren) del juicio oral.”

⁵⁹ “A intervenção corporal deverá ser ordenado por juiz. Em caso de perigo na demora, poderá ser determinada também pelo Ministério Público ou seus auxiliares. A polícia somente poderá determinar a intervenção se algum dos seus funcionários for auxiliar do Ministério Público.” (QUEIJO, 2012, p. 329).

⁶⁰ González-Cuéllar afirma que: “[...] na Alemanha, no entanto, consideram-se admissíveis as medidas perigosas se o imputado tenha sido informado de seu periculosidade e voluntariamente decide submeter-se a elas, se bem devem ser autorizadas pelo Juiz.” (1990, p. 292, tradução nossa) “[...] en Alemania, sin embargo, si se consideran admisibles las medidas peligrosas si el inculpado ha sido informado de su peligrosidad y voluntariamente decide someterse a ellas, si bien deben ser autorizadas por el Juez.”

de DNA, o referido parágrafo 81 “e” da Ordenação Processual Penal alemã, encerrando profunda discussão parlamentar acerca das possíveis graves ingerências corporais advindas de tais práticas, atribuiu validade a tais diligências probatórias. Nesse sentido afirma Tapia:

Depois disso, uma larga discussão parlamentar, motivada pelas possíveis graves ingerências que implicam ditas análises, culminou com a regulação específica das intervenções corporais e as análises de DNA ao processo penal, através da introdução do § 81e, que prescreve:

(1) Com o material obtido mediante as normas do § 81a primeira parte, também se podem levar a cabo exames genético-moleculares, sempre que sejam necessários para constatar a origem ou se as evidências materiais provem do acusado ou do processado. Também são admissíveis, para constatações análogas, exames segundo o inciso 1, com o material obtido mediante as normas do § 81c. Constatações sobre outros fatos que não os indicados no inciso 1º não podem verificar-se; os exames dirigidos a isto são inadmissíveis.

(2) Consoante a primeira parte, os exames admissíveis também podem ser levados a cabo com evidências materiais encontradas, garantidas ou praticadas. A primeira parte inciso 3º e §81a, terceira parte da primeira fase média se aplicam de forma análoga”. (TAPIA, 2011, tradução nossa).⁶¹

E o supracitado autor complementa afirmando que o § 81 “f” da Ordenação Processual Penal alemã determina a necessidade de prévia autorização judicial para

⁶¹ “Luego de ello, una larga discusión parlamentaria, motivada por las posibles graves injerencias que conllevan dichos análisis, culminó con la regulación específica de las intervenciones corporales y los análisis de ADN al proceso penal, a través de la introducción del § 81e, que prescribe:

(1) Con el material obtenido mediante las normas del § 81 a apartado 1º, también se pueden llevar a cabo exámenes genético-moleculares, siempre que sean necesarios para constatar el origen o si las evidencias materiales provienen del acusado o del procesado. También son admisibles, para constataciones análogas, exámenes según el inciso 1, con el material obtenido mediante las normas del § 81c. Constataciones sobre otros hechos que los indicados en el inciso 1º no pueden verificarse; los exámenes dirigidos a esto son inadmisibles.

(2) Según el apartado 1º, los exámenes admisibles también pueden ser llevados a cabo con evidencias materiales halladas, garantizadas o comisadas. El apartado 1º inciso 3º y §81a, apartado 3 de la primera media fase se aplican de forma análoga”.

realização de tais medidas destinadas a obtenção de material genético junto ao corpo do indivíduo, para posterior realização de análise de DNA.⁶²

Entretanto, a aplicabilidade no processo penal das informações genéticas obtidas por meio das análises de DNA, que por sua vez, derivam de intervenções corporais, sofre clara limitação no direito alemão, onde tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante entende que somente pode ser utilizada a análise não codificante do DNA humano, sendo inadmissíveis as investigações genéticas acerca

⁶² Marteleto Filho apresenta síntese da origem do exame de DNA nos seguintes termos: “Dentre as provas realizadas sobre o material orgânico humano, o exame de DNA é o mais difundido, estando intimamente vinculado à problemática das intervenções corporais e à proteção contra a autoincriminação. A primeira utilização do teste de DNA em uma investigação criminal foi em 1986, a requerimento da *Scotland Yard* londrina. Tratava-se de investigação de dois delitos de estupro seguidos de homicídio, praticados em um intervalo de dois anos e meio, tendo como vítimas duas adolescentes de 15 anos de idade, ocorridos nas adjacências de Londres. Os crimes geraram uma grande revolta na população, raramente vista no local. Em agosto de 1986, um jovem de 17 anos, de nome Richard Buckland, confessou o segundo delito, fornecendo detalhes a princípio desconhecidos da população. À guisa de confirmar a autoria, e principalmente ligar o suspeito também ao primeiro homicídio, amostras de sêmen preservadas nos dois casos foram enviadas ao dr. Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, que havia acabado de desenvolver o processo denominado ‘*DNA fingerprint*’ (impressão de DNA). Após a análise das amostras, o perito espantou a todos ao concluir que Buckland não era o autor dos crimes. Asseverou, ainda, que as duas vítimas realmente haviam sido mortas pelo mesmo indivíduo. A polícia, então, frustrada com o andamento da investigação, iniciou uma campanha na comunidade, solicitando que homens entre 13 e 34 anos cedessem sangue para exame, realizando um verdadeiro ‘arrastão genético’. Um morador, de nome Colin Pitchfork, relatou à esposa que tinha receio de fornecer a amostra, pois já havia sido detido anteriormente; para se esquivar, solicitou a um amigo que fornecesse a amostra em seu lugar. A trama acabou sendo descoberta pela polícia e Colin Pitchfork foi detido, vindo a confessar os dois homicídios. As amostras foram comparadas através de teste de DNA desenvolvido por Alec Jeffreys e a identidade do autor dos delitos foi confirmada. A idéia central do teste criado por Jeffreys é de que uma pessoa pode ser distinguida de outras através do exame das sequências repetitivas de DNA.” (LEE, 2003 apud MARTELETO FILHO, 2012, p. 149-150).

das características hereditárias do indivíduo, pois notadamente violadoras do direito de personalidade, de intimidade e do princípio da proporcionalidade.⁶³

Assim, veda-se a utilização da análise de DNA em sua forma codificante e com objetivo de desenvolvimento de perfil psicológico, criminológico, de periculosidade ou de potencialidade delitiva, e principalmente, a constituição de bancos de dados abastecidos de tais informações genéticas, pois afrontam diretamente o direito de autodeterminação informática do indivíduo, enquanto

⁶³ Nesse sentido, Guridi enfatiza o posicionamento doutrinário e jurisprudencial germânico: “Mas é, sem dúvida, na doutrina e jurisprudência alemãs onde com maior claridade se aprecia uma preocupação mais intensa a respeito e onde se condiciona de forma determinante a admissibilidade constitucional das análises de DNA, a que estes se mantenham nos limites não codificantes do mesmo. A opinião doutrinária e o sentido interpretativo da jurisprudência dos Tribunais daquele país termina por assentar-se no direito positivo trazendo a recente reforma da StPO, de 17 de março de 1997, que aparece publicada no Boletim Oficial (Bundesgesetzblatt) com o expressivo rótulo de DNA-Analyse («Genetischer Fingerdruck») e que antecipa de alguma maneira a análise de DNA se tem de limitar ao que se conhece como «impressão digital genética», isto é, ao que resulta da aplicação do método descoberto por Jeffreys e que não é outra coisa senão um padrão de faixas semelhante ao código de barras presente em muitos dos produtos que consumimos. Estas expressas limitações à extensão com que resultam admissíveis no âmbito forense as análises de DNA constituem, em nossa opinião, a construção mais respeitosa com o direito à intimidade e com o princípio de proporcionalidade. [...] Conscientes do risco que supõem para a personalidade do indivíduo o fato de não se dimensionar com precisão o contorno da matéria a investigar, também as sucessivas instâncias judiciais, incluindo o Tribunal Constitucional alemão, afirmaram temporaneamente que as análises genéticas nas atuações judiciais tinham de limitar-se estritamente ao âmbito não codificante. A sentença do LG Heilbronn, de 19 de janeiro de 1990, assinala a respeito que «a informação acerca da personalidade que pode derivar-se da «genetische Fingerabdruck» é do mesmo alcance que a obtida das tradicionais impressões digitais, isto é, praticamente nula». [...] Por último, o BVefG, em resolução de 18 de setembro de 1995, coincidindo com o até agora afirmado, se pronuncia a favor da constitucionalidade da análise de DNA quando este se limita ao âmbito não codificante, pois «não é portador de informações sobre as qualidades hereditárias do ser humano» (2000, p. 93-95, tradução nossa). “*Pero es, sin duda, en la doctrina y jurisprudencia alemanas donde con mayor claridad se aprecia una preocupación mas intensa al respecto y donde se condiciona de forma terminante la admisibilidad constitucional de los análisis de DNA a que éstos se mantengan en los límites no codificantes del mismo. La opinión doctrinal y el sentido interpretativo de la jurisprudencia de los Tribunales de aquel país termina por asentarse en el derecho positivo tras la reciente reforma de la StPO, de 17 de marzo de 1997, que aparece publicada en el Boletín Oficial (Bundesgesetzblatt) con el expresivo rótulo de DNA-Analyse («Genetischer Fingerdruck») y que anticipa de alguna manera que el análisis de ADN se há de limitar a lo que se conoce como «huella dactilar genética», es decir, a lo que resulta de la aplicación del método descubierto por Jeffreys y que nos es otra cosa que un patrón de bandas semejante al código de barras presente en muchos de los productos que consumimos. Estas expresas limitaciones a la extensión con que resultan admisibles en el ámbito forense los análisis de ADN constituyen, en nuestra opinión, la construcción más respetuosa con el derecho a la intimidad y con el principio de proporcionalidad. [...] Conscientes del riesgo que supone para la personalidad del individuo el hecho de que no se acote con precisión el contorno de la materia a investigar, también las sucesivas instancias judiciales, con inclusión del Tribunal Constitucional alemán, afirmaron tempranamente que los análisis genéticos en las actuaciones judiciales habían de limitarse estrictamente al ámbito no codificante. La sentencia del LG Heilbronn, de 19 de enero de 1990, señala al respecto que «la información acerca de la personalidad que puede derivarse de la «genetische Fingerabdruck» es del mismo alcance que la obtenida de las tradicionales huellas digitales, es decir, prácticamente nula». [...] Por último, el BVefG, en resolución de 18 de septiembre de 1995, coincidiendo con lo hasta ahora afirmado, se pronuncia a favor de la constitucionalidad del análisis de ADN cuando este se limita al ámbito no codificante, pues «no es portador de informaciones sobre las cualidades hereditarias del ser humano».*”

desdobramento do direito de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁴

Nesse sentido, a alteração normativa ocorrida em 07 de setembro de 1998 e que acrescentou o parágrafo 81-g (2) à Ordenação Processual Penal alemã (StPO) cuidou de limitar expressamente a utilização das informações obtidas de análises de DNA, vedando o emprego de tais informações genéticas em processos futuros ou que não guardem qualquer relação com o fato que determinou a intervenção corporal. Assim é o posicionamento de Gössel:

O ciclo normativo conclui com a reforma assinalada da StPO, de 17 de março de 1997. No novo e vigente §81e (1) StPO dispõe-se que poderão ser realizadas investigações genético-moleculares sobre o material obtido em conformidade com o § 81a StPO (mediante uma intervenção corporal). Este inicial e genérico pronunciamento especifica-se a seguir acrescentando que têm de resultar «necessárias» para determinar «se o material encontrado procede do imputado ou da vítima». Neste sentido a impressão genética (genetischer Fingerabdruck), que dá nome à lei reformadora, é suficiente para determinar dita procedência. Este pronunciamento imperativo formulado de forma positiva se complementa com duas proibições contidas ao final do mesmo preceito: «não poderão realizar-se determinações sobre circunstâncias distintas às assinaladas na frase 1ª; as investigações assim orientadas serão inadmissíveis». Este mesmo sentido tem de atribuir-se às limitações compreendidas no § 81g (2) StPO no

⁶⁴ Gössel afirma: “O Tribunal Constitucional reiteradamente tem expressado que ‘contradiz a dignidade humana transformar o homem em mero objeto do Estado [...] Não seria compatível com a dignidade humana que o Estado assumisse por si o direito a registrar e catalogar coativamente às pessoas em sua completa personalidade’. Em sua Sentença de 15-12-1983 (denominada ‘sentença da lei do censo’) o Tribunal Constitucional tem reforçado este aspecto da proteção da dignidade do homem com um ulterior direito inominado da liberdade. Do direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade tem derivado um direito constitucional à autodeterminação informática. Nele ‘o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições da elaboração de dados, a proteção do particular contra a obtenção, a gravação, a utilização e a transmissão sem limite de dados pessoais. Tal proteção está compreendida no direito fundamental que estabelece o art. 2.1 em relação com o art. 1.1 da Constituição alemã. Este direito fundamental garante a faculdade do particular de determinar por si mesmo a disponibilidade e a utilização de seus dados pessoais; incluindo as compilações estatísticas anônimas de dados, que em sua conjunção à determinação dos perfis da personalidade individual, devem ser reputadas constitucionalmente inadmissíveis.” (2002, p. 143-144, tradução nossa). “*El Tribunal Constitucional reiteradamente ha expresado que ‘contradice la dignidad humana el convertir al hombre en mero objeto de Estado [...] No sería compatible con la dignidad humana que el Estado asumiera por si el derecho a registrar y catalogar coactivamente a las personas en su completa personalidad’. En su Sentencia de 15-12-1983 (denominada ‘sentencia de la ley del censo’) el Tribunal Constitucional ha reforzado este aspecto de la protección de la dignidad del hombre con un ulterior derecho innominado de la libertad. Del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad ha derivado un derecho constitucional a la autodeterminación informática. En el ‘el libre desarrollo de la personalidad presupone, bajo las modernas condiciones de la elaboración de datos, la protección del particular contra la recopilación, la grabación, la utilización y la transmisión sin limite de datos personales. Tal protección se halla comprendida en el derecho fundamental que establece el art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Constitución alemana. Este derecho fundamental garantiza la facultad del particular de determinar por si mismo la disponibilidad y la utilización de sus datos personales; incluso las recopilaciones estadísticas anónimas de datos, que en su conjunción a la determinación de los perfiles de la personalidad individual, han de ser reputadas constitucionalmente inadmisibles.’*”

sentido de que se vincula a análise genética à finalidade prevista no parágrafo (1) do preceito, isto é, como objeto de determinar a identificação do imputado em futuros processos penais: «No marco da investigação, não poderão ter lugar outras determinações que as que resultem necessárias para a averiguação do padrão de DNA; resultam inadmissíveis as investigações que excedam do assinalado» (frase 2ª). (GÖSSEL, 2002, p. 97-98, tradução nossa).⁶⁵

Quanto aos sujeitos suscetíveis das intervenções corporais previstas no parágrafo 81-a da Ordenação Processual Penal alemã, o sistema processual penal germânico admite a realização compulsória de tais medidas em face do suspeito/acusado da prática de determinado delito, bem como, em face de terceiros, considerados como tal, vítimas e testemunhas, desde que existam suspeitas de que conduzam em seu organismo material genético relevante ao esclarecimento dos fatos ou à comprovação do ilícito.

Tais medidas incidentes sobre terceiros encontram-se previstas no parágrafo 81-c da Ordenação Processual Penal alemã, e autorizam a extração de material para análise sanguínea e de demais elementos corpóreos necessários à averiguação da verdade, independentemente de consentimento do sujeito passivo, ressalvada a hipótese de procedimento que importe em risco a vida ou a saúde do indivíduo, quando será indispensável o consentimento após prévio conhecimento acerca dos riscos.

Deverão ser igualmente determinadas por magistrado competente, ou em caso de perigo na demora, pelo Ministério Público ou seus auxiliares, nos últimos casos, a medida deverá ser posteriormente apreciada pelo magistrado para validação da mesma.

⁶⁵ “El ciclo normativo concluye con la reforma señalada de la StPO, de 17 de marzo de 1997. En el nuevo y vigente § 81e (1) StPO se dispone que podrán ser realizadas investigaciones genético-moleculares sobre el material obtenido de conformidad con el § 81a StPO (mediante una intervención corporal). Este inicial y genérico pronunciamiento se concreta a continuación añadiendo que han de resultar «necesarias» para determinar «si el material hallado procede del inculpado o del lesionado». En este sentido la huella genética (genetischer Fingerabdruck), que da nombre a la ley reformadora, es suficiente para determinar dicha procedencia. Este pronunciamiento imperativo formulado en forma positiva se complementa con dos prohibiciones contenidas al final del mismo precepto: «no podrán realizarse determinaciones sobre circunstancias distintas a las señaladas en la frase 1ª; las investigaciones así orientadas serán inadmisibles». Este mismo sentido ha de atribuirse a las limitaciones comprendidas en el § 81g (2) StPO en el sentido de que se vincula el análisis genético a la finalidad prevista en el párrafo (1) del precepto, es decir, con el objeto de determinar la identificación del inculpado en futuros procesos penales: «En el marco de la investigación, no podrán tener lugar otras determinaciones que las que resulten necesarias para la averiguación del patrón del DNA; resultan inadmisibles las investigaciones que excedan de lo señalado» (frase 2ª).”

Sendo indispensável ainda, a execução privativa por profissional da medicina⁶⁶, e a recusa ocasionar a submissão compulsória (coação imediata), desde que ordenada por juiz e devidamente fundamentada. Nesse sentido afirma Gössel:

Tais agressões corporais, em terceiras pessoas como no imputado, conforme o parágr. 81.c LPrP alemã, haverão de efetuar-se basicamente só com seu consentimento, se bem o parágr. 81.c.2.1 LPrP alemã autoriza como única exceção a extração de amostra de sangue.

Se estão assim mesmo permitidos o lavado da boca com o fim de obter mucosa salivar, assim como a obtenção de fios de cabelo (conforme o parágr. 81.c LPrP alemã), não parece ser compatível com o enunciado literal do preceito, o qual é praticamente irrelevante por duas razões: em primeiro termo, é suficiente a tomada de amostra de sangue praticável de forma não coativa, e em segundo lugar, a referência à possibilidade desta agressão corporal (obtenção de amostra de sangue) normalmente conduzirá ao consentimento sobre as aludidas agressões menos gravosas (lavado de boca).

[...]

Para o restante, lembre-se que uma eventual inaplicabilidade da análise do genoma pode fazer inadmissíveis as agressões se procedentes conforme o parágr. 81.c. LPrP alemã. A faculdade de sua disposição corresponde ao Juiz, e em caso de colocação em perigo do resultado da investigação por demora, também ao Ministério Público e seus agentes; a disposição de meios de coação direta está reservada em todo caso à Autoridade judicial. (GÖSSEL, 2002, p. 133-134, tradução nossa).⁶⁷

⁶⁶ Em nota de rodapé, Hernández afirma: “Enquanto isso, a parte b) de igual modo permite a coerção física para a obtenção de fotografias e impressões digitais e a c) intervenções corporais com respeito a terceiras pessoas distintas do imputado ‘se encontra-se em seu corpo uma impressão determinada ou a consequência de um fato punível’, assim como levar a cabo extrações de sangue sem seu consentimento quando com isso ‘não se temia desvantagem alguma para sua saúde e a medida for imprescindível para a descoberta da verdade’, com o único requisito de que seja praticada por médico.”(1995, p. 39, tradução nossa). “*Por su parte, el apartado b) de igual modo permite la coerción física para la obtención de fotografías e impresiones dactilares y el c) intervenciones corporales con respecto a terceras personas distintas del inculpado ‘si se encuentra en su cuerpo una huella determinada o la consecuencia de un hecho punible’, así como llevar a cabo extracciones de sangre sins su consentimiento cuando con ello ‘no se temiera deventaja alguna para su salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad’, con el único requisito de que sea practicada por el personal médico.*”

⁶⁷ “*Tales agresiones corporales, en terceras personas como en el inculpado, conforme al parágr. 81.c LPrP alemana, habrán de efectuarse básicamente solo con su consentimiento, si bien el parágr. 81.c.2.1 LPrP alemana autoriza como única excepción la extracción de muestra de sangres. Si están asimismo permitidos el lavado de boca con el fin de obtener mucosa salivar, así como la obtención de raíces de cabello (conforme al parágr. 81.c LPrP alemana), no parece ser compatible con el enunciado literal del precepto, lo cual es prácticamente irrelevante por dos razones: en primer término, es suficiente la toma de muestra de sangre practicable en forma no coactiva, y en segundo lugar, la referencia a la posibilidad de esta agresión corporal (obtención de muestra de sangre) normalmente conducirá al consentimiento sobre las aludidas agresiones menos gravosas (lavado de boca). [...] Por lo demás, es aquí también de recordar que una eventual inaplicabilidad del análisis del genoma puede hacer inadmisibles las agresiones si procedentes conforme el parágr. 81.c. LPrP alemana. La facultad de su disposición corresponde al Juez, y en caso de también al Ministerio Fiscal y sus agentes; la disposición de medios de coacción directa está reservada en todo caso a la Autoridad judicial.*”

Ainda em relação às intervenções corporais no direito alemão, necessário enfatizar que são admitidas desde medidas que afrontam superficialmente a intimidade corporal, até medidas que coloquem efetivamente em risco a vida ou a saúde do sujeito passivo (punções lombares e outras tendentes a medir líquidos cefalorraquídeos), nestas, indispensável o prévio conhecimento quanto aos riscos e o expreso consentimento para realização das mesmas.

No que concerne à fundamentação judicial para autorização/determinação das medidas que importem em intervenções corporais, em especial, aquelas que exponham a potencial risco a vida ou a saúde do sujeito passivo, ou causem dores, ou ainda, interfiram de forma relevante e considerável na integridade física ou intimidade corporal do mesmo, o direito alemão tem desenvolvido entendimento através da doutrina e jurisprudência⁶⁸, acerca da imprescindibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, já que tais medidas implicam claramente em profunda restrição aos direitos fundamentais do indivíduo.

Corroborando com tal entendimento, traz-se à baila posicionamento de Etxeberría Guridi:

O princípio da proporcionalidade resulta, pois, exigível nas análises de DNA tal como temos podido comprovar. Se admite que sua prática incide especialmente na esfera dos direitos mais básicos do indivíduo, independente da prévia diligência de intervenção corporal necessária para a obtenção das mostras biológicas. Agora bem, a admisibilidade da análise de DNA e o respeito ao princípio da proporcionalidade tem estado condicionados a que tal análise se veja limitada ao âmbito não codificante do DNA. Este é considerado neutral desde a perspectiva do direito à personalidade e dos dados que podem obter-se dele. Neste sentido se tem posicionado a jurisprudência do BGH e do BVerfG. (GURIDI, 2000, p. 85, tradução nossa).⁶⁹

Nesse viés, para determinação de realização de tais intervenções, seja de forma coercitiva (coação imediata em caso de recusa à submissão da medida), ou naquelas em que o consentimento seja indispensável (que tragam risco à vida ou à

⁶⁸ Nesse sentido, Guridi, em nota de rodapé, menciona posicionamento jurisprudencial alemão: Sentenças do BGH (Supremo Tribunal Federal) de 21 de agosto de 1990 e de 25 de abril de 1991, e Resoluções de 18 de setembro de 1995 e de 02 de agosto de 1996, ambas do BVerfG (Tribunal Constitucional Federal). (2000, p. 84-85).

⁶⁹ “El principio de proporcionalidad resulta, pues, exigible en los análisis de ADN tal como hemos podido comprobar. Se admite que su práctica incide especialmente en la esfera de los derechos más básicos del individuo, con independencia de la previa diligencia de intervención corporal necesaria para la obtención de las muestras biológicas. Ahora bien, la admisibilidad del análisis de ADN y el respeto al principio de proporcionalidad han estado condicionados a que dicho análisis se vea limitado al ámbito no codificante del ADN. Este es considerado neutral desde la perspectiva del derecho a la personalidad y de los datos que pueden obtenerse de él. En este sentido se ha decantado la jurisprudencia del BGH y del BVerfG.”

saúde do indivíduo, como exemplo, as punções lombares e etc.), incumbe ao magistrado a análise da adequação da medida, enquanto meio idôneo à obtenção da prova do fato e ao esclarecimento da verdade; da necessidade, enquanto menos gravoso ou único meio de obtenção do resultado pretendido; e da estrita proporcionalidade, onde o meio e o fim pretendido devem ser proporcionais mediante uma ponderação de bens ou valores conflitantes no caso concreto.⁷⁰

2.1.2 Espanha

No direito espanhol verifica-se expressa previsão do *nemo tenetur se detegere* no art. 17.3 da Constituição espanhola, consagrando o princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer declaração que possa resultar em autoincriminação, impondo às autoridades responsáveis a obrigação de prévia informação a respeito do mesmo.

Tal previsão demonstra o reconhecimento, ainda que sob as vestes originárias e limitadas, do direito de não prestar declarações que possam resultar em prejuízo próprio, vindo a ser complementado pelos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e de personalidade previstos no art. 10.1; da intimidade pessoal previsto no art. 18.1; da integridade física e moral previsto no art. 15; e ainda, do direito à saúde previsto no art. 43.1, todos da Constituição Espanhola, em face dos diversos contornos do direito a não autoincriminação, em

⁷⁰ Guridi afirma: “Acerca dos subprincípios nos quais se desdobra o princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão dispõe que, em primeiro lugar; se satisfaz obedecendo o pressuposto da idoneidade. Aduzindo que a impressão genética (*genetische Fingerabdruck*) serve para a determinação da autoria do suspeito. Não só isto, também resulta apta para eliminar ou excluir os indícios iniciais incriminatórios existentes contra uma pessoa. Sobre o juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*) estima também a resolução do BverfG que não existe no caso concreto uma medida de igual eficácia mas que incida em menor grau nos direitos fundamentais. Por último, supera-se também satisfatoriamente o juízo derivado da proporcionalidade em sentido estrito. De outra forma não se pode resolver atendendo à intensidade das suspeitas existentes contra o imputado, a gravidade do delito pelo qual se procede (homicídio com violação), etc.” (2000, p. 84, tradução nossa). “*Acerca de los subprincipios en los que se desdola el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional Federal germano dispone que, en primer lugar; se satisface cumplidamente el presupuesto de la idoneidad. Aduciendo que la huella genética (genetische Fingerabdruck) sirve para la determinación de la autoria del sospechoso. No solo esto, además resulta apta para eliminar o excluir los iniciales indicios incriminatorios existentes contra una persona. Acerca del juicio de necesidad (Erforderlichkeit) estima también la resolución del BverfG que no existe en el caso concreto una medida de igual eficacia pero que incida en menor grado en los derechos fundamentales. Por último, se supera también satisfatoriamente el juicio derivado de la proporcionalidad en sentido estricto. No de otra forma puede resolverse atendiendo a la intensidad de las sospechas existentes contra el inculpado, la gravedad del delito por el que se procede (homicidio con violación), etc.*”

especial, quando tais medidas importem em intervenções corporais sobre o indivíduo.

Nesse sentido Gómez Amigo, em consonância com as decisões do Tribunal Constitucional espanhol de n.º 35/1996, 207/1996 e 5/2002, afirma:

Ao tratar-se de diligências que recaem sobre a materialidade física da pessoa, inevitavelmente incidem ou afetam os seus direitos fundamentais: seguindo a classificação realizada pela STC 207/1996, de 16 de dezembro (RTC 1996, 207), bem ao direito à intimidade corporal, que forma parte da intimidade pessoal do artigo 18.1 da Constituição, quando se trate de inspeções ou registros corporais; bem ao direito à integridade física do artigo 15, na hipótese de intervenções corporais em sentido estrito. Por sua vez, teremos oportunidade de ver que a execução dos registros corporais deve ser respeitosa com a dignidade da pessoa, sem que possa constituir um trato desumano ou degradante, proibidos pelo artigo 15 da Constituição; e a execução das intervenções corporais em sentido estrito não pode supor um perigo para a saúde do afetado, já que, ainda que o direito à proteção da saúde se encontra constitucionalizado no artigo 43 da Constituição, também resulta afetado o direito à integridade física por medidas perigosas para a saúde. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 27-28, tradução nossa).⁷¹

Conforme já explicitado no tópico atinente aos contornos do direito a não autoincriminação, e em que pese haja expressa previsão do mesmo no direito espanhol, verifica-se que tal ordenamento reconhece a existência e validade das intervenções corporais em sentido amplo, classificando-as em inspeções ou registros corporais, e em intervenções corporais em sentido estrito.

As primeiras quando afrontem a intimidade corporal do sujeito passivo, sem implicar em lesão ou menoscabo à integridade física; e as últimas quando incidam sobre a integridade do corpo humano e praticadas com o fim de obtenção de elementos externos ou internos do organismo para submetê-los a análise pericial.

A referida classificação pauta-se no *leading case* espanhol decidido pelo Tribunal Constitucional em 16 de dezembro de 1996, de n.º 207/1996, onde Gómez Amigo posiciona-se favoravelmente a tal classificação, ressaltando o caráter

⁷¹ “Al tratarse de diligencias que recaen sobre la materialidad física de la persona, inevitablemente inciden o afectan a sus derechos fundamentales: siguiendo la clasificación realizada por la STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207), bien al derecho a la intimidad corporal, que forma parte de la intimidad personal del artículo 18.1 de la Constitución, cuando se trate de inspecciones o registros corporales; bien al derecho a la integridad física del artículo 15, en el supuesto de intervenciones corporales en sentido estricto. A su vez, tendremos oportunidad de ver que la ejecución de los registros corporales debe ser respetuosa con la dignidad de la persona, sin que pueda constituir un trato inhumano o degradante, prohibidos por el artículo 15 de la Constitución; y la ejecución de las intervenciones corporales en sentido estricto no puede suponer un peligro para la salud del afectado, ya que, aunque el derecho a la protección de la salud se encuentra constitucionalizado en el artículo 43 de la Constitución, también resulta afectado el derecho a la integridad física por medidas peligrosas para la salud.”

meramente aproximativo da mesma por considerar tais categorias apenas relativas, senão vejamos:

O critério de classificação das intervenções corporais que propõe a STC 207/1996 nos merece uma opinião favorável, pois supõe introduzir um princípio de racionalidade em uma matéria por completo horfã de sistemática. Por isso, seguiremos suas linhas gerais, ainda que utilizando a expressão medidas de intervenção corporal ou intervenções corporais como denominação genérica, já que como temos assinalado é a utilizada comumente pela doutrina, designando aquelas que implicam um menoscabo do corpo como intervenções corporais em sentido estrito, frente às inspeções e registros corporais, que, em princípio, afetam a intimidade corporal.

Sem embargo, já desde o princípio deve advertir-se que o critério de distinção utilizado pela STC 207/1996 é só aproximativo, porque implica uma classificação em categorias que são apenas relativas, não definitivas.

[...]

Pelo que toca às intervenções corporais em sentido estrito, ainda que normalmente afetam o direito à integridade física, não pode descartar-se que a medida concreta incida também no direito à intimidade pessoal, se pelo alcance que se solicita da análise, o órgão jurisdicional pretende averiguar dados sobre o imputado que não guardam relação com o fato punível investigado. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 96-97, tradução nossa).⁷²

Necessário enfatizar a existência de classificação anterior à exposta linhas retro, emanada de julgado do Tribunal Supremo espanhol, de 11 de maio de 1996 (RJ 1996, 4079), no qual Gómez Amigo, em nota de rodapé, a sintetiza nos seguintes termos:

O corpo humano é o cenário onde se desenvolve a liberdade do indivíduo, pelo que qualquer intervenção sobre o mesmo no curso de uma investigação sobre fatos delitivos tem que realizar-se respeitando seu direito à integridade física e moral e a sua intimidade pessoal. Desde uma perspectiva objetiva se pode distinguir entre investigação corporal do imputado e o registro corporal. A primeira consiste na investigação do corpo mesmo – estado mental ou conteúdo de álcool no sangue -, enquanto pela segunda se trataria de encontrar objetos escondidos na superfície ou nas

⁷² “El criterio de clasificación de las intervenciones corporales que plantea la STC 207/1996 nos merece una opinión favorable, pues supone introducir un principio de racionalidad en una materia por completo huérfana de sistemática. Por ello, seguiremos sus líneas generales, aunque utilizando la expresión medidas de intervención corporal o intervenciones corporales como denominación genérica, ya que como hemos señalado es la utilizada comúnmente por la doctrina, designando a aquellas que implican un menoscabo del cuerpo como intervenciones corporales en sentido estricto, frente a las inspecciones y registros corporales, que, en principio, afectan a la intimidad corporal. Sin embargo, ya desde el principio debe advertirse que el criterio de distinción utilizado por la STC 207/1996 es solo aproximativo, porque implica una clasificación en categorías que solo son relativas, no definitivas. [...] Por lo que toca a las intervenciones corporales en sentido estricto, aunque normalmente afectan al derecho a la integridad física, no puede descartarse que la medida concreta incida también en el derecho a la intimidad personal, si por el alcance que se solicita del análisis, el órgano jurisdiccional pretende averiguar datos sobre el imputado que no guardan relación con el hecho punible investigado.”

cavidades naturais do corpo – boca, ânus e vagina –. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 96-97, tradução nossa).⁷³

Em sede de legislação infraconstitucional, verifica-se que a Ley de Enjuiciamiento Criminal em seus artigos 326 e 363, com as alterações decorrentes da Ley Orgánica nº 15/2013, regula a possibilidade de obtenção de amostras corporais para a prática de análise de DNA.⁷⁴

Anteriormente a tal regulação normativa, a doutrina espanhola se posicionava pela impossibilidade de intervenções corporais para obtenção de sangue ou outro material genético do indivíduo, ou para obtenção de informações relevantes sobre o fato criminoso e a elucidação da verdade, baseando-se na ausência de expressa e específica previsão legal.

Assinalava que o Tribunal Constitucional e o Ministério Público daquele país reconheciam como base legal para tais medidas algumas instruções normativas, leis orgânicas e decretos reais legislativos, além dos artigos 339 e 478 da Ley de Enjuiciamiento, o que era fonte de profundas discussões.

A esse respeito, reconhecida doutrina espanhola afirmava que as intervenções corporais não encontravam fundamentação legal nos mencionados artigos 339 e 478, uma vez que, em nada tratavam ou disciplinavam tais intervenções, dada a amplitude e generalidade de tais dispositivos, sendo, portanto, inidôneos como base de sustentação jurídica. Nesse diapasão, denota-se posicionamento de Hernández:

Vemos, pois, que o Tribunal Constitucional e a Fiscalização Geral do Estado consideram que se existem normas legais que autorizam as referidas intervenções corporais; estas são, para o primeiro órgão citado, duas,

⁷³ “El cuerpo humano es el cenario donde se desarrolla la libertad del individuo, por lo que cualquier intervención sobre el mismo en el curso de una investigación sobre hechos delictivos tiene que realizarse respetando su derecho a la integridad física y moral y a su intimidad personal. Desde una perspectiva objetiva se puede distinguir entre investigación corporal del imputado y el registro corporal. La primera consiste en la investigación del cuerpo mismo – estado mental o contenido de alcohol en sangre –, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo – boca, ano y vagina –.”

⁷⁴ Marteleto Filho reproduz o texto dos artigos 326 e 363 da Ley de Enjuiciamiento espanhola: “Artigo 326: Quando se puser de manifesto a existência de impressões ou vestígios cuja análise biológica puder contribuir ao esclarecimento do fato investigado, o Juiz de Instrução adotará ou ordenará à Polícia Judiciária ou ao Médico Forense que adote as medidas necessárias para que o recolhimento, custódia e exame daquelas mostras se verifiquem em condições que garantam sua autenticidade, sem prejuízo do estabelecido no art. 282. (trad. livre) Artigo 363: Sempre que concorram acreditadas razões que o justifiquem, o Juiz de Instrução poderá adotar, em resolução motivada, a obtenção de mostras biológicas do suspeito que resultem indispensáveis para a determinação de seu perfil de DNA. A tal fim, poderá decidir a prática daqueles atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal que resultem adequados aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. (trad. livre)” (2012, p. 129).

concretamente os arts. 339 e 478.1 da LECr. A doutrina tem-se mostrado crítica com tal conclusão, e, assim, González-Cuéllar assinala que o exame pericial ao qual a norma adjetiva pouco se refere – ou nada, acrescentaríamos por nossa parte – tem a ver com as intervenções corporais.

Também, o preceito fala de «examinado» que se refere, em lógica gramatical, à situação fática, não ao processado – termo com o qual se encabeça o preceito -. No que se refere ao art. 478 LECr. este preceito se limita a fixar as regras a que tem de ajustar-se o exame pericial, e igual conclusão tem de estabelecer-se quanto ao total afastamento na «*mens legislatoris*» de qualquer intenção de aludir em tal normativa às intervenções corporais, como sendo assim, onde foram estabelecidas as garantias necessárias ante tais ingerências. (HERNÁNDEZ, 1995, p. 43, tradução nossa).⁷⁵

De igual modo verificava-se forte crítica doutrinária à suposta fundamentação das intervenções corporais por meio de decreto legislativo, por considerá-lo insuscetível de regulação de limites a direitos fundamentais, conforme assinala Hernández:

O Fiscal Geral do Estado encontra outras duas normas habilitantes de tais medidas; o art. 8.1 da L.O. 1/82, de 5 de maio, ao estabelecer que «não se reputarão, com carácter geral, intromissões ilegítimas as atuações autorizadas ou acordadas pela Autoridade competente, de acordo com a Lei», e no art. 12.2 do Decreto Real Legislativo 339/90, de 2 de março, enquanto autoriza os órgãos judiciais a ordenar análises sanguíneas, de urina ou outros análogos, que será objeto de análise mais detalhada abaixo, mas que, pelo que neste momento interessa salientar, é da mais duvidosa constitucionalidade que uma norma jurídica de tal carácter – Decreto Legislativo – possa autorizar limites a Direitos fundamentais, reservados a Lei Orgânica e excluídos de delegação legislativa, ao amparo do disposto nos arts. 81 e 82 de la CE. (HERNÁNDEZ, 1995, p. 43, tradução nossa).⁷⁶

⁷⁵ “Vemos, pues, que el Tribunal Constitucional y la Fiscalía General del Estado consideran que si existen normas legales que autorizan las referidas intervenciones corporales; éstas son, para el primer órgano citado, dos, concretamente los arts. 339 y 478.1 de la LECr. La doctrina se ha mostrado crítica con tal conclusión, y, así, González-Cuéllar señala que el informe pericial al que la norma adjetiva se refiere poco – o nada, añadiríamos por nuestra parte – tiene que ver con las intervenciones corporales. Además, el precepto habla de «examinado» que se refiere, en lógica gramatical, a la situación fáctica, no al procesado – término con el que se encabeza el precepto -. En lo atinente al art. 478 LECr. Este precepto se limita a fijar las reglas a que ha de ajustarse el informe pericial, e igual conclusión ha de esablecerse en cuanto al total alejamiento en la «mens legislatoris» de cualquier intención de aludir en dicha normativa a las intervenciones corporales, pues de haber sido así, se hubieran establecido las garantías necesarias ante tales injerencias.”

⁷⁶ “La Fiscalía General del Estado encuentra otras dos normas habilitantes de dichas medidas; el art. 8.1 de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, al establecer que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente, de acuerdo con la Ley», y en el art. 12.2 del Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de marzo, en cuanto autoriza a los órganos judiciales a ordenar análisis sanguíneos, de orina u otros análogos, que será objeto de análisis más detallado infra, pero que, por lo que en este momento interesa señalar, es de más dudosa constitucionalidad que una norma jurídica de tal carácter – Decreto Legislativo – pueda autorizar límites a Derechos fundamentales, reservados a Ley Orgánica y excluídos de delegación legislativa, al amparo de lo dispuesto en los arts. 81 y 82 de la CE.”

No mesmo sentido, e enfatizando que as medidas violadoras de direitos fundamentais são de regulação privativa de lei orgânica, denota-se posicionamento de Gómez Amigo.

Por último, se o artigo 53.1 da Constituição exige que o exercício, e assim sua limitação, dos direitos e liberdades do Capítulo segundo (arts. 14 a 38) se regule por lei que respeite seu conteúdo essencial, o art. 81.1 requer lei orgânica para o desenvolvimento – e igualmente, para sua limitação – dos direitos fundamentais e as liberdades públicas (arts. 14 a 29 e 30.2). Por isso, enquadrando-se os direitos afetados pelas intervenções corporais entre estes últimos, a doutrina é unânime em considerar que as medidas de intervenção corporal deverão estar previstas e reguladas por lei orgânica. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 42, tradução nossa).⁷⁷

Nesse viés, averigua-se posicionamento de Tapia, em análise do *leading case* espanhol estampado na Sentença 207/1996 do Tribunal Constitucional, quanto à imprescindibilidade de expressa regulação legal das intervenções corporais:

A necessidade de previsão legal específica para as medidas que suponham uma ingerência nos direitos à intimidade e à integridade física está estabelecida expressamente no art. 8 do C.E.D.H., na medida em que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos inclui tais direitos dentro do mais genérico direito «o respeito à vida privada e familiar» (Sentenças do T.E.D.H. «X. e Y./Holanda», de 26 de março de 1985, e «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de março de 1993, entre outras; e, também, Decisões do C.E.D.H. núms. 8239/78 e 8278/78). Pois bem, a segunda parte do mencionado art. 8 expressamente assinala que: «não poderá haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista pela lei [...]» [...] Cabe concluir, pois, que toda intervenção corporal determinada no curso de um processo penal, por sua afetação ao direito fundamental à integridade física (e, em seu caso, da intimidade), não pode ser autorizada pela via regulamentar, sendo que tem de estar prevista pela Lei. (TAPIA, 2011, tradução nossa).⁷⁸

⁷⁷ “Por último, si el artículo 53.1 de la Constitución exige que el ejercicio, y así su limitación, de los derechos y libertades del Capítulo segundo (arts. 14 a 38) se regule por ley que respete su contenido esencial, el 81.1 requiere ley orgánica para el desarrollo – e igualmente, para su limitación – de los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 14 a 29 y 30.2). Por ello, encuadrándose los derechos afectados por las intervenciones corporales entre estos últimos, la doctrina es unánime en considerar que las medidas de intervención corporal deberán estar previstas y reguladas por ley orgánica.”

⁷⁸ “La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del C.E.D.H., en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del T.E.D.H. «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la C.E.D.H. núms. 8239/78 y 8278/78). Pues bien, el apartado 2. del mencionado art. 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley [...]» [...] Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley.”

Entretanto, mesmo com a regulação contida nos artigos 326 e 363 da Ley de Enjuiciamiento, com redação dada pela Ley Orgánica nº 15/2013, onde se prevê a possibilidade de determinação de intervenções corporais em sentido amplo para obtenção de mostras biológicas do suspeito que resultem indispensáveis para a determinação de seu perfil de DNA, ainda denota-se resistência doutrinária a tal regulação.

Tal resistência sustenta-se na afirmação que o ordenamento jurídico espanhol não estabeleceu expressamente a forma de obtenção de tais elementos probatórios⁷⁹, tão pouco referenciou a possibilidade ou não de sua prática coativa, o destino e conservação das amostras assim obtidas, bem como, todas as questões vinculadas a destruição das mesmas.

Considerando-se a existência de regulação legal de tais medidas e a definição de suas espécies por meio da jurisprudência (STC 207/1996), “mister” se faz a observância de prévia e motivada decisão judicial determinando a realização das intervenções corporais, tendo em vista a patente afetação de direitos

⁷⁹ Nesse sentido, Queijo afirma: “No direito espanhol não há normas específicas sobre as provas obtidas mediante intervenções corporais no acusado. Divergem doutrina e jurisprudência no tratamento da matéria. Na doutrina, entende-se que inexistem normas no direito espanhol que possam dar respaldo às intervenções corporais no acusado.” (2012, p. 332).

fundamentais do indivíduo, sendo tal entendimento predominante tanto na jurisprudência⁸⁰ quanto na doutrina espanhola. Nesse viés afirma Etxeberria Guridi:

Assim tem acontecido no Direito espanhol acerca das diligências de intervenção corporal – estreitamente vinculadas às análises de DNA – na ausência de qualquer referência constitucional expressa sobre o tema. Em efeito, nem o art. 18 nem o art. 15 CE (por citar os direitos fundamentais mais frequentemente afetados na prática de ditas diligências) condicionam a restrição dos direitos à intimidade corporal ou à integridade física à prévia autorização judicial. Não obstante, o TC nas numerosas resoluções em que tem abordado o tema tem resolvido a favor de tal reserva jurisdicional se quer estimar-se legítima esta prática.

Não alteraria este pronunciamento geral favorável à reserva jurisdicional quando de diligências restritivas de direitos fundamentais, a insistente proposta de atribuir ao Ministério Público a direção da fase de instrução onde com maior frequência se acordam este tipo de medidas. No hipotético caso de que no futuro a direção da fase preparatória ficará sob a competência do Ministério Público, seguiria sendo preciso a autorização judicial se se pretende a limitação dos direitos fundamentais no transcurso de tal fase. Esta manutenção da reserva jurisdicional, em caso de atribuição de competências no sentido indicado ao Ministério Público, tem de ser previamente indicado não só para aqueles casos em que a Constituição assim o preveja expressamente (art. 18.2 e 3 CE, por exemplo), senão também para aqueles em que se produz uma restrição de direitos

⁸⁰Guridi, em nota de rodapé apresenta diversos julgados acerca da necessidade de prévia autorização judicial, devidamente motivada, para determinação de intervenções corporais: “A STC 37/1989, de 15 de fevereiro, dispõe que «tal afetação do âmbito da intimidade, é somente possível por decisão judicial» (f.j. 7º). Em idêntico sentido a STC 207/1996, de 16 de dezembro, assinala em primeiro termo que «a diferença do que ocorre com outras medidas restritivas de direitos fundamentais não existe na CE em relação com as inspeções e intervenções corporais, enquanto afetantes aos direitos à intimidade (art. 18.1 CE) e à integridade física (art. 18.2 CE-sic-), reserva absoluta alguma de resolução judicial», não obstante, se indica que a prática de diligências limitativas do âmbito constitucionalmente protegido do direito à intimidade «é somente possível por decisão judicial», «esta mesma exigência de monopólio jurisdicional na limitação dos direitos fundamentais resulta, pois, aplicável àquelas diligências que suponham uma intervenção corporal» (f.j. 4º C). [...] Incluindo o ATS de 18 de junho de 1992 (RJA 6102) faz um pronunciamento geral sobre o tema: «Neste sentido e dentro do capítulo de restrições cabe incluir as intervenções corporais, a entrada e registro de um domicílio e as escutas telefônicas, entre outras medidas. Só a Lei e a decisão judicial expressa e motivada, salvo supostas exceções (ver art. 55.2 da Constituição Espanhola), podem inverter o rumo do princípio geral.” (2000, p. 147, tradução nossa). “La STC 37/1989, de 15 de febrero, dispone que «tal afectación del ámbito de la intimidad, es solo posible por decisión judicial» (f.j. 7º). En idéntico sentido la STC 207/1996, de 16 de diciembre, señala en primer término que «a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales no existe en la CE, en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE-sic-), reserva absoluta alguna de resolución judicial», no obstante, se indica que la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad «es sólo posible por decisión judicial», «esta misma exigencia de monopólio jurisdicional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal» (f.j. 4º C). [...] Incluso el ATS de 18 de junio de 1992 (RJA 6102) hace un pronunciamiento general sobre el tema: «En este sentido y dentro del capítulo de restricciones cabe incluir las intervenciones corporales, la entrada y registro de un domicilio y las escuchas telefónicas, entre otras medidas. Sólo la Ley y la decisión judicial expresa y motivada, salvo supuestos excepcionales (ver art. 55.2 de la Constitución Española), pueden invertir el signo del principio general.”

fundamentais de tal importância que se tenha estimado necessária dita reserva. (GURIDI, 2000, p. 147-148, tradução nossa).⁸¹

Da análise do posicionamento doutrinário supracitado, percebe-se claramente a impossibilidade de determinação de medidas que importem em intervenções corporais por parte do Ministério Público ou da autoridade policial, sendo imprescindível a prévia existência de decisão judicial devidamente fundamentada, contrariamente ao disposto no sistema processual penal alemão.

Quanto à necessidade de consentimento do indivíduo ou a submissão coercitiva deste em caso de recusa, evidencia-se pluralidade de posicionamentos doutrinários, possuindo desde defensores da possibilidade de execução forçada da medida em caso de recusa, inclusive, com o emprego de força física (GONZALES, 1990, p. 294-296); até as que entendem que a realização de tais intervenções não podem se dar de forma coativa, nem com o emprego de força física, nem com a utilização de medidas de imposição de sanções (tipificação como crime de desobediência).

Ainda verifica-se o posicionamento de doutrinadores como Huertas Martín (1990, p. 402) que assinala que as intervenções corporais determinadas judicialmente são uma carga, um ônus, e de tal maneira não permite o emprego coercitivo ao indivíduo, seja por meio de força física ou por meio de coerção indireta (crime de desobediência), no entanto, permite ao Estado-Juiz valorar tal negativa como indício de culpabilidade em desfavor do sujeito passivo, não deixando de cumprir com os fins próprios do processo penal.

⁸¹ “Así ha acontecido en el Derecho español acerca de las diligencias de intervención corporal – estrechamente vinculadas a los análisis de ADN – en ausencia de cualquier referencia constitucional expresa sobre el tema. En efecto, ni el art. 18 ni el art. 15 CE (por citar dos de los derechos fundamentales más frecuentemente afectados en la práctica de dichas diligencias) condicionan la restricción de los derechos a la intimidad corporal o a la integridad física a la previa autorización judicial. No obstante, el TC en las no muy numerosas resoluciones en las que ha abordado el tema ha resuelto a favor de dicha reserva jurisdiccional si quiere estimarse legítima esta práctica. No alteraría este pronunciamiento general favorable a la reserva jurisdiccional cuando de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la insistente propuesta de atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de instrucción donde con mayor frecuencia se acuerdan este tipo de medidas. En el hipotético caso de que en un futuro la dirección de la fase preparatoria quedara bajo la competencia del Ministerio Fiscal, seguiría siendo precisa la autorización judicial si se pretende la limitación de los derechos fundamentales en el trascurso de dicha fase. Este mantenimiento de la reserva jurisdiccional, en caso de atribución de competencias en el sentido indicado al Ministerio Fiscal, ha de ser predicable no solo para aquellos supuestos en que la Constitución así lo prevea expresamente (art. 18.2 y 3 CE, por ejemplo), sino también para aquéllos en que se produce una restricción de derechos fundamentales de tal entidad que se haya estimado necesaria dicha reserva.”

Gómez Amigo assinala acerca da possibilidade de execução coercitiva das intervenções corporais em face do suspeito/acusado (excetuando a vítima), por meio de coação direta (força física), compreendendo-as como uma obrigação do indivíduo em sentido estrito, quando precedidas de ordem judicial motivada e analisada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu* no caso concreto, e quando a realização não importar em trato vexatório ou degradante, nem expor a risco a vida ou a saúde do sujeito passivo.⁸²

Posicionando-se de forma contrária a Gómez Amigo, verifica-se entendimento de Hernández (1995, p. 96) em que rechaça a utilização da força física para coagir o indivíduo a submeter-se às medidas de intervenção corporal, e que tal

⁸²“E em caso de intervenções corporais dispostas como diligências de investigação no processo penal, tratam-se de medidas que têm sido ordenadas judicialmente, depois de ponderar a existência de um fim constitucionalmente legítimo (exercício do *ius puniendi*) a atingir, o qual é imprescindível para a adoção da medida, e à proporcionalidade entre a limitação do direito fundamental afetado e a obtenção do fim perseguido, pelo que parece claro que, desde a perspectiva de seus pressupostos de legitimidade constitucional, a submissão às medidas de intervenção corporal constitui uma obrigação em sentido estrito; e isso, independente de que se entenda que, ante a negativa do sujeito passivo a sua realização, pode proceder-se ou não à execução coativa direta das mesmas. Por isso, consideramos que a submissão às intervenções corporais no processo penal não pode configurar-se como uma carga. Esta conclusão, não obstante, não é aplicável à vítima do delito, para a qual, como já temos assinalado, tal submissão não deve entender-se como uma obrigação, senão como uma carga. [...] Assim pois, tratando-se de uma obrigação, o único modo adequado de assegurar o cumprimento da resolução judicial que ordena a prática de uma intervenção corporal, quando o sujeito afetado se negue a submeter-se a ela, é sua direta execução forçada, mediante o emprego de força física se necessário. Mas com isso, voltamos à questão fundamental proposta no início, que é se este tipo de intervenções pode impor-se pela força. [...] Portanto, uma vez que a medida tem sido disposta conforme seus pressupostos de legitimidade, consideramos que resulta constitucionalmente lícita sua execução por meio da coação direta ou física, se for preciso, sempre que, em virtude da coação empregada, não se incorra em tratos vexatórios ou degradantes, nem se coloque em risco a saúde do afetado, como se deduz das sentenças examinadas.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 44-45-48, tradução nossa). “Y en caso de intervenciones corporales dispuestas como diligencias de investigación en el proceso penal, se trata de medidas que han sido ordenadas judicialmente, después de ponderar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (ejercicio del *ius puniendi*) para alcanzar el cual es imprescindible la adopción de la medida, y la proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental afectado y la consecución del fin perseguido, por lo que parece claro que, desde la perspectiva de sus presupuestos de legitimidad constitucional, el sometimiento a las medidas de intervención corporal constituye una obligación en sentido estricto; y ello, con independencia de que se entienda que, ante la negativa del sujeto pasivo a su realización, puede procederse o no a la ejecución coactiva directa de las mismas. Por ello, consideramos que el sometimiento a las intervenciones corporales en el proceso penal no puede configurarse como una carga. Esta conclusión, no obstante, no es aplicable a la víctima del delito, para la cual, como ya hemos señalado, dicho sometimiento no debe entenderse como una obligación, sino como una carga. [...] Así pues, tratándose de una obligación, el único modo adecuado de asegurar el cumplimiento de la resolución judicial que ordena la práctica de una intervención corporal, cuando el sujeto afectado se niegue a someterse a ella, es su ejecución forzosa directa, mediante el empleo de la fuerza física es necesario. Pero con ello, volvemos a la cuestión fundamental planteada al principio, que es la de si este tipo de intervenciones puede imponerse por la fuerza. [...] Por tanto, una vez que la medida ha sido dispuesta conforme a sus presupuestos de legitimidad, consideramos que resulta constitucionalmente lícito su ejecución por medio de la coacción directa o física, si fuese preciso, siempre que, en virtud de la coacción empleada, no se incurra en tratos vejatorios o degradantes, ni se ponga en riesgo la salud del afectado, como se deduce de las sentencias examinadas.”

obrigatoriedade somente seria imposta em caso de medidas que exijam uma postura meramente passiva.

Ainda quanto ao emprego de força física para coagir o sujeito passivo a submeter-se à medida que importe em intervenções corporais, Gómez Amigo apresenta pronunciamento do Tribunal Constitucional Espanhol, rechaçando o uso da *vis física*:

Nosso Tribunal Constitucional, em troca, parece entender que não é lícito o uso da força para a imposição das medidas de intervenção corporal na investigação penal: na STC 37/1989, de 15 de fevereiro (RTC 1989, 37), outorga o amparo contra resoluções judiciais, carentes da motivação necessária, que ordenaram a realização de um exame ginecológico à imputada por um delito de aborto, «preservando assim a demandante frente a qualquer execução da medida aqui examinada, execução a que em outro caso poderia ser compelida mediante a advertência das consequências sancionatórias que podem seguir-se de sua negativa ou da valoração que desta caiba fazer em relação com os indícios já existentes, mas claro está, em nenhum caso, mediante o emprego da força física, que seria neste caso degradante e incompatível com a proibição contida no art. 15 da Constituição». (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 46, tradução nossa).⁸³

Em nota de rodapé, o aduzido autor informa a existência de demais pronunciamentos do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo espanhol quanto à impossibilidade de emprego de força física para coagir o indivíduo a submeter-se às medidas de intervenção corporal:

De modo semelhante, a STC 107/1985, de 7 de outubro (RTC 1985, 107): «e sem prejuízo, porque a questão já é diferente, de que ninguém possa ser coercitivamente compelido, com *vis física*, à verificação deste tipo de análise» (controles de alcoolemia).

[...]

Por sua parte, e com respeito à extração de sangue do imputado em um processo penal, a STS (2ª) de 21 de junho de 1994 (RJ 1994, 5216) estabelece que «tampouco resulta duvidoso – e disso é prova o próprio conteúdo da resolução judicial que acordou sua prática – que seja necessário o consentimento do sujeito, isto é, que este voluntariamente se preste à extração. É certo que a mais recente e autorizada doutrina científica processual espanhola propugna, com citação do direito comparado europeu, a procedência da “*vis compulsiva*”; mas não menos

⁸³ “Nuestro Tribunal Constitucional, en cambio, parece entender que no es lícito el uso de la fuerza para la imposición de las medidas de intervención corporal en la investigación penal: en la STC 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989, 37), otorga el amparo contra resoluciones judiciales, carentes de la motivación necesaria, que ordenaban la realización de un examen ginecológico a la imputada por un delito de aborto, «preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución».”

certo é que a necessidade do consentimento desprende-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional (SS. 114/1984, de 29 de novembro e 24/1992, de 19 de fevereiro)».

Ultimamente, na STS (2ª) de 4 de fevereiro de 2003 (RJ 2003, 2285), o Tribunal Supremo tem insistido em que não cabe a imposição coativa direta de uma investigação corporal no processo penal (extração de sangue para realizar a prova de DNA), podendo valorar o tribunal a negativa injustificada do imputado a sua realização como um indício de culpabilidade: «Segundo a opinião majoritária da doutrina, avalizada por decisões do Tribunal Constitucional (STC 29 de novembro de 1984 e 19 de fevereiro de 1992) não é admissível a utilização da força física ou qualquer outra atitude compulsiva ou coativa sobre a pessoa, para que esta se preste à prática da prova, decidida por autoridade judicial, devendo respeitar-se a autonomia da decisão por parte do afetado. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 46, tradução nossa).⁸⁴

No que tange à possibilidade de submissão do indivíduo a intervenções corporais que possam resultar em dores consideráveis ou a risco à saúde ou a vida do sujeito passivo, contrariamente ao previsto no ordenamento jurídico alemão, o sistema processual penal espanhol não admite tais medidas, ainda que consentidas

⁸⁴ «De modo análogo, la STC 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985, 107): «y sin perjuicio, porque la cuestión es ya diferente, de que nadie pueda ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis» (controles de alcoholemia). Lo mismo se había establecido también para las pruebas biológicas de los procesos de filiación, en los cuales, según el ATC 1296/1988, de 12 de diciembre, el juez «en nuestro Derecho, no goza de poderes coactivos bastantes para obligar a la práctica de tales pruebas, sin perjuicio de que el Juez pueda deducir de tal negativa las consecuencias oportunas en orden a la resolución de la acción de filiación, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concurrentes en el caso, así como los restantes elementos probatorios (STS de 14 de octubre de 1985)». Por su parte, y con respecto a la extracción de sangre del imputado en un proceso penal, la STS (2ª) de 21 de junio de 1994 (RJ 1994, 5216) establece que «tampoco resulta dudoso – y de ello es prueba el propio contenido de la resolución judicial que acordó su práctica – que sea necesario el consentimiento del sujeto, es decir, que este voluntariamente se preste a la extracción. Es cierto que la más reciente y autorizada doctrina científica procesal española propugna, con cita de derecho comparado europeo, la procedencia de la “vis compulsiva”; pero no menos cierto es que la precisión del consentimiento se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS. 114/1984, de 29 de noviembre y 24/1992, de 19 de febrero)». Ultimamente, en la STS (2ª) de 4 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2285), el Tribunal Supremo ha insistido en que no cabe la imposición coactiva directa de una investigación corporal en el proceso penal (extracción de sangre para realizar la prueba del ADN), pudiendo valorar el tribunal la negativa injustificada del imputado a su realización como un indicio de culpabilidad: «Según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (STC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado.»

pelo suspeito/acusado, por entender que representam restrições intoleráveis ao direito fundamental à integridade física.⁸⁵

Quanto aos pressupostos de legitimidade das intervenções corporais no direito espanhol, enquanto medidas notadamente violadoras de direitos fundamentais, denota-se a imprescindibilidade de observância do princípio da proporcionalidade, princípio este, de previsão implícita em tal ordenamento jurídico, ainda que haja farta jurisprudência reconhecendo-o. Nesse sentido, afirma Hernández:

Não existe em nosso Ordenamento jurídico um reconhecimento explícito deste princípio, se bem o Tribunal Constitucional seguindo os passos de seu homônimo alemão tem feito referências parciais do mesmo – assim, na S. n.º 20/89, de 31 de janeiro, F.J. 3º, referida à retificação na cassação penal; a n.º 213/90, de 20 de dezembro, FF.JJ. 1º ao 6º, referida à correção dos defeitos processais; ou na n.º 118/87, de 8 de julho, atinente aos processos por demissão. (HERNÁNDEZ, 1995, p. 62, tradução nossa).⁸⁶

No que concerne aos desdobramentos ou subprincípios da adequação/idoneidade, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto partes indissociáveis do princípio da proporcionalidade no direito espanhol, oportuna a posição de Guridi em sintonia com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, acerca da adequação/idoneidade:

“Acerca do significado que há de atribuir à «idoneidade» ou «adequação» assinala a STC 66/1995, depois de insistir no caráter não absoluto dos direitos reconhecidos, são toleráveis sempre que sejam proporcionadas, de modo que por adequadas, contribuam à consecução do fim constitucionalmente legítimo a que se proponham” (f.j. 2.º). Concordando acerca de seu significado, assinala a STC 207/1996, de 16 de dezembro, em relação com a diligência de intervenção corporal a necessidade de que

⁸⁵ Nesse sentido, Hernández consigna: “Vemos, pois, que o elenco de medidas pode ser inesgotável, pelo que é conveniente fazer uma dupla limitação; de um lado, não se considerariam tais aquelas intervenções que por sua própria natureza, suponham dores, transtornos à saúde ou moléstias consideráveis ao submetido, enquanto suponham intoleráveis restrições ao direito à integridade física; de outro, tampouco seria lícita a prática de intervenções corporais que já seja por sua natureza intrínseca, ou pelas circunstâncias concorrentes do imputado, perigosas para sua saúde, em virtude do mesmo argumento, e ainda contando com o consentimento daquele.” (1995, p. 38, tradução nossa). “Vemos, pues, que el elenco de medida puede ser inagotable, por lo que es conveniente hacer una doble limitación; de un lado, no se considerarían tales aquellas intervenciones que por su propia naturaleza, supongan dolores, transtornos en la salud o moléstias considerables al sometido, en cuanto supondrían intolerables restricciones al derecho a la integridad física; de otro, tampoco sería lícita la práctica de intervenciones corporales que ya sea por su naturaleza intrínseca, o por las circunstancias concurrentes del inculpado, sean peligrosas para su salud, en virtud el mismo argumento, y aún contando con el consentimiento de aquél.”

⁸⁶ “No existe en nuestro Ordenamiento jurídico un reconocimiento explícito de dicho principio, si bien el Tribunal Constitucional siguiendo los pasos de su homónimo alemán ha hecho referencias parciales del mismo – así, en la S. n.º 20/89, de 31 de enero, F.J. 3º, referida a la subsanación en la casación penal; la n.º 213/90, de 20 de diciembre, FF.JJ. 1º al 6º, referida a la subsanación de los defectos procesales; o en la n.º 118/87, de 8 de julio, atinente a los procesos por despido.”

esta «seja idônea (apta, adequada) para alcançar o fim constitucionalmente legítimo perseguido com ela (art. 18 CEDH), isto é, que sirva objetivamente para determinar os fatos que constituem o objeto do processo penal» (f. j. 4º E). (GURIDI, 2000, p. 76-77, tradução nossa).⁸⁷

Quanto ao subprincípio da necessidade, prossegue Guridi (2000, p. 78-79), em consonância com o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo espanhol⁸⁸, afirmando que, pressupõe que o meio selecionado para alcançar o fim não possa ser suprido por outro igualmente eficaz e que não restrinja o direito fundamental ou que o faça de maneira menos gravosa, sendo determinante que a medida menos gravosa seja apta a lograr o mesmo ou um melhor resultado.

Por fim, no que tange ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enfatiza Etxeberria Guridi:

O princípio da proporcionalidade atua como instrumento eficaz na ponderação de interesses enfrentados, sobretudo no marco do processo penal. Encontramos, por um lado, com órgãos que atuam em nome do Estado e exercitam seus poderes frente ao indivíduo que se converte em destinatário de uma esfera jurídica mais reservada ou imune à atuação dos demais (através das medidas cautelares, diligências de investigação, sobretudo, quando são restritivas de direitos fundamentais, etc.). O conflito de interesses na atuação processual penal fica demarcado pela relação Estado-indivíduo. O interesse do Estado que colide com o do indivíduo está representado, fundamentalmente, pelo interesse na persecução penal das infrações que têm esse caráter.

⁸⁷“Acerca del significado que hay que atribuir a la «idoneidad» o «adecuación» señala la STC 66/1995, tras insistir en el carácter no absoluto de los derechos reconocidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan» (f.j. 2.º). Abundando acerca de su significado, señala la STC 207/1996, de 16 de diciembre, en relación con la diligencia de intervención corporal la necesidad de que ésta «sea idônea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal» (f. j. 4º E).”

⁸⁸ Quanto às decisões do Tribunal Supremo que enfrentaram expressamente o assunto, Guridi afirma em nota de rodapé: “También as SSTS de 18 de abril de 1994 (RJA 3340); de 4 de novembro de 1994 (RJA 8395); de 12 de janeiro de 1995 (RJA 130); de 6 de fevereiro de 1995 (RJA 755); de 16 de fevereiro de 1998 (RJA 1734); de 13 de maio de 1998 (RJA 4416) onde o termo necessidade se emprega igualmente ao de «subsidiariedade» ou «excepcionalidade da medida». Em idênticos termos tem disposto a STS de 15 de novembro de 1991 (RJA 8316) que os princípios da necessidade e proporcionalidade servirão como critérios ao órgão judicial para que este em resolução motivada estime que existam razões suficientes para chegar à convicção de que não existe outro meio para o avanço da investigação de um fato delitivo que invadir um direito fundamental.” (2000, p.79, tradução nossa). “También las SSTS de 18 de abril de 1994 (RJA 3340); de 4 de noviembre de 1994 (RJA 8395); de 12 de enero de 1995 (RJA 130); de 6 de febrero de 1995 (RJA 755); de 16 de febrero de 1998 (RJA 1734); de 13 de mayo de 1998 (RJA 4416) donde o termino necesidad se emplean igualmente los de «subsidiariedad» o «excepcionalidad de la medida». En idénticos términos ha dispuesto la STS de 15 de noviembre de 1991 (RJA 8316) que los principios de necesidad y la proporcionalidad servirán como criterios al órgano judicial para que este en resolución motivada estime que existen razones suficientes para llegar a la convicción de que no existe otro medio para el avance de la investigación de un hecho delictivo que invadir un derecho fundamental.”

O Tribunal Constitucional tem-se referido em múltiplas ocasiões a esta manifestação estrita do princípio da proporcionalidade. A propósito de diligências de investigação delictiva se dispõe na STC 207/1996, de 16 de dezembro, que o juízo de proporcionalidade em sentido estrito supõe constatar se a medida «é ponderada ou equilibrada, por derivar-se dela mais benefícios ou vantagens para o interesse geral que prejuízos sobre outros bens ou valores em conflito» isto é, que a medida, «ainda sendo idônea e necessária, o sacrifício que se imponha a tais direitos não resulte desmedido em comparação com a gravidade dos fatos e das suspeitas existentes» (f.j. 4º E). (GURIDI, 2000, p. 81-82, tradução nossa).⁸⁹

Por derradeiro, necessário mencionar ainda, o posicionamento de Gómez Amigo⁹⁰ quanto à imprescindibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, e mais que isso, dos pressupostos que letigimam a adoção e execução de tal princípio nos casos de restrição de direitos fundamentais.

Segundo o referido autor, tem-se por pressupostos legitimadores da adoção das intervenções corporais por meio do princípio da proporcionalidade, o princípio da

⁸⁹ *“El principio de proporcionalidad actúa como instrumento eficaz en la ponderación de intereses enfrentados, sobre todo en el marco del proceso penal. Nos encontramos, por un lado, con órganos que actúa en nombre del Estado y ejercitan sus potestades frente a individuo que se convierte en destinatario de una esfera jurídica más reservada o inmune a la actuación de los demás (a través de las medidas cautelares, diligencias de investigación, sobre todo, cuando son restrictivas de derechos fundamentales, etc.). El conflicto de intereses en la actuación procesal penal queda enmarcado por la relación Estado-individuo. El interés del Estado que colisiona con el del individuo está representado, fundamentalmente, por el interés en la persecución penal de las infracciones que tienen esse carácter. El Tribunal Constitucional se ha referido en multitud de ocasiones a esta manifestación estricta del principio de proporcionalidad. A propósito de diligencias de investigación delictiva se dispone en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto supone constatar si la medida «es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» esto es, que la medida, «aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que se imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes» (f.j. 4º E).”*

⁹⁰ Gómez Amigo enfatiza em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade nas intervenções corporais: “E referindo-se em concreto às medidas de intervenção corporal, a STC 207/1996, de 16 de dezembro (RTC 1996, 207), assinala que «segundo doutrina reiterada deste Tribunal, uma exigência comum e constante para a constitucionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais (por todas, STC 56/1996), entre elas as que suponham uma ingerência nos direitos à integridade física e à intimidade (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 e 143/1994), e mais particularmente das medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas no curso de um processo penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 e 54/1996) vem determinada pela estrita observância do princípio da proporcionalidade».” (2003, p. 53, tradução nossa). “Y refiriéndose en concreto a las medidas de intervención corporal, la STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207), señala que «según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad».”

legalidade consistente na existência de previsão em lei ordinária de tais medidas⁹¹; a existência de um fim constitucionalmente legítimo⁹²; o princípio da necessidade⁹³; e a obrigação serem determinadas mediante decisão judicial especialmente motivada⁹⁴, o que será objeto de discussão no terceiro capítulo, quando da

⁹¹ Segundo Gómez Amigo: “Como qualquer medida limitativa dos direitos fundamentais, para que as intervenções corporais possam ordenar-se judicialmente como diligências de investigação penal e o imputado fique obrigado a submeter-se a elas, devem estar previstas por uma norma de caráter legal.” (2003, p. 57, tradução nossa). “*Como cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales, para que las intervenciones corporales puedan ordenarse judicialmente como diligencias de investigación penal y el imputado quede obligado a someterse a ellas, deben estar previstas por una norma con rango legal.*”

⁹² “As intervenções corporais devem estar previstas e ordenar-se judicialmente como meio necessário para a obtenção de um fim atendível desde a perspectiva constitucional, que no processo penal vem constituído pela eficaz atuação do *ius puniendi*.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 57, tradução nossa). “*Las intervenciones corporales deben estar previstas y ordenarse judicialmente como medio necesario para la consecución de un fin atendible desde la perspectiva constitucional, que en el proceso penal viene constituído por la eficaz actuación del ius puniendi.*”

⁹³ “As medidas de intervenção corporal só podem adotar-se se são necessárias para a obtenção do fim perseguido. A este respeito, uma intervenção corporal só é verdadeiramente necessária se cumpre os três elementos do princípio da necessidade, isto é, se supera os três juízos que integram o princípio da necessidade: juízo de idoneidade ou adequação, que exige que a medida concreta resulte idônea e adequada para alcançar o fim perseguido; juízo de necessidade em sentido estrito, conforme o qual a medida, além de idônea, deve ser imprescindível para alcançar o fim, no sentido de que não existam outras igualmente eficazes, mas que restrinjam menos os direitos fundamentais afetados, e que a informação que se obterá aplicando a medida seja indispensável para a atuação do *ius puniendi*; finalmente, a medida deve superar o juízo de proporcionalidade em sentido estrito (posto que o juízo de proporcionalidade em sentido amplo supõe a comprovação de que concorrem todos os pressupostos de legitimidade das intervenções corporais), de maneira que a limitação do direito fundamental que implica a medida de intervenção corporal resulte equilibrada com respeito à satisfação do fim perseguido que se obtém; o que para as diligências de investigação do processo penal, exige a adequação entre a intromissão no direito e a gravidade dos fatos indagados assim como a possível pena a impor-se.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 57, tradução nossa). “*Las medidas de intervención corporal solo pueden adoptarse si son necesarias para la consecución del fin perseguido. A este respecto, una intervención corporal solo es verdaderamente necesaria si cumple los tres elementos del principio de necesidad, esto es, si supera los tres juicios que integran el principio de necesidad: juicio de idoneidad o adecuación, que exige que la medida concreta resulte idónea y adecuada para alcanzar el fin perseguido; juicio de necesidad en sentido estricto, conforme al cual la medida, además de idónea, debe ser imprescindible para alcanzar el fin, en el sentido de que no existan otras igualmente eficaces, pero que restrinjan menos los derechos fundamentales afectados, y que la información que se obtendrá aplicando la medida sea indispensable para la actuación del ius puniendi; finalmente, la medida debe superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (puesto que el juicio de proporcionalidad en sentido amplio supone la comprobación de que concurren todos los presupuestos de legitimidad de las intervenciones corporales), de manera que la limitación del derecho fundamental que conlleva la medida de intervención corporal resulte equilibrada con respecto a la satisfacción del fin perseguido que se obtiene; lo que para las diligencias de investigación del proceso penal, exige la adecuación entre la intromisión en el derecho y la gravedad de los hechos indagados así como la posible pena a imponer.*”

⁹⁴ “Tratando-se de medidas limitativas dos direitos fundamentais, as intervenções corporais só podem ser dispostas pelos órgãos jurisdicionais em resolução motivada. [...] Por isso assinalamos que se requer uma resolução judicial especialmente motivada, que expresse a ponderação realizada pelo órgão jurisdicional quanto à licitude da limitação do direito fundamental no caso concreto.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 57-58, tradução nossa). “*Tratándose de medidas limitativas de los derechos fundamentales, las intervenciones corporales solo pueden ser dispuestas por los órganos jurisdiccionales en resolución motivada. [...] Por ello señalamos que se requiere una resolución judicial especialmente motivada, que exprese la ponderación realizada por el órgano jurisdiccional en cuanto a la licitud de la limitación del derecho fundamental en el caso concreto.*”

abordagem do tratamento dado às intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro.

Já por pressupostos relativos à execução das intervenções corporais, Gómez Amigo⁹⁵ afirma a necessidade de que a medida não ofereça risco à saúde do imputado, nem ocasione sofrimento, ou o exponha a tratamento vexatório ou degradante.

2.1.3 Itália

No direito italiano, verifica-se o reconhecimento do direito a não autoincriminação, onde respeitável doutrina defende a existência de previsão constitucional do mesmo, embora não se ocupe a Constituição italiana de uma

⁹⁵“Por último, devem respeitar-se uma série de garantias referentes à execução das intervenções corporais. Assim, algumas das medidas de intervenção corporal ao afetar-se a integridade física do imputado, só poderá ordená-las a autoridade judicial se não supõem risco para sua saúde nem são suscetíveis de ocasionar-lhe dor de certa relevância. E na medida em que resulte afetado o direito à intimidade corporal, não poderão autorizar-se quando possam constituir um trato vexatório ou degradante. [...] A execução das medidas de intervenção corporal deve ser respeitosa com os direitos fundamentais em jogo e a dignidade da pessoa (art. 10.1 CE), pelo que em nenhum caso sua prática, já seja pela própria medida, já pelos meios utilizados, pode supor um risco para a saúde do sujeito passivo da mesma, nem resultar um trato vexatório ou degradante. ...Em segundo lugar, quando o afetado seja o direito à intimidade corporal, a realização da intervenção corporal deve ser respeitosa com a dignidade da pessoa, sem que possa constituir, nem por sua finalidade, nem por seu próprio conteúdo, nem pelos meios utilizados ou pela forma de realizá-la, um trato desumano ou degradante, proibidos pelo artigo 15 da Constituição.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 58-91-93, tradução nossa). “*Por último, deben respetarse una serie de garantías referentes a la ejecución de las intervenciones corporales. Así, al afectar algunas de las medidas de intervención corporal a la integridad física del imputado, solo podrá ordenarlas la autoridad judicial si no suponen riesgo para su salud ni son susceptibles de ocasionarle dolor de cierta entidad. Y en la medida en que resulte afectado el derecho a la intimidad corporal, no podrán autorizarse cuando puedan constituir un trato vejatorio o degradante. [...] La ejecución de las medidas de intervención corporal debe ser respetuosa con los derechos fundamentales en juego y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), por lo que en ningún caso su práctica, ya sea por la propia medida, ya por los medios utilizados, puede suponer un riesgo para la salud del sujeto pasivo de la misma, ni resultar un trato vejatorio o degradante. [...] En segundo lugar, cuando el afectado sea el derecho a la intimidad corporal, la realización de la intervención corporal debe ser respetuosa con la dignidad de la persona, sin que pueda constituir, ni por su finalidad, ni por su propio contenido, ni por los medios utilizados o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, prohibidos por el artículo 15 de la Constitución.*”

previsão específica, vindo a tratá-lo de forma genérica no art. 13 e no art. 24, segunda parte.⁹⁶

Os supracitados dispositivos constitucionais vedam expressamente o emprego de inspeções e perquirições pessoais fora dos casos legais, a utilização de violência física ou moral contra as pessoas que estejam privadas de sua liberdade ambulatorial, e asseguram a inviolabilidade da defesa em todas as suas condições e graus de procedimento, abarcando assim, o direito de não se autoincriminar enquanto desdobramento da ampla defesa.

No entanto, na visão de Haddad (2005) tal direito restringe-se às declarações autoincriminantes, a comportamentos nos quais é requisitada uma colaboração ativa, e não em que é compelido a submeter-se a determinada investigação de modo que a própria pessoa venha a ser considerada objeto de averiguação, em respeito ao qual um fazer não é requerido, mas um deixar fazer é imposto.

Não obstante à posição retromencionada, Queijo (2012, p. 316-319) enfatiza que o Código de Processo Penal italiano não possui previsão expressa do dever de colaboração do acusado na produção de provas, havendo, tão somente, disposição genérica no art. 224, 2, do *Codice di Procedura Penale* italiano que autoriza o magistrado a adotar todos os provimentos que se mostrem necessários para a execução das operações periciais.

Já no campo jurisprudencial, verifica-se que em 1986 foi submetida à Corte Constitucional italiana matéria concernente à inconstitucionalidade de dispositivos do então Código de Processo Penal de 1930, quais sejam, os artigos 146⁹⁷, 314 e 317,

⁹⁶ “Art. 13 - A liberdade pessoal é inviolável. **Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação motivada da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei.** Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias, que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efetivos. **É punida toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade.** A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva. [...] Art. 24 – Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. **A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento.** São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários.” (ABI, grifo nosso).

⁹⁷ Marteleto Filho afirma que: “Na Itália, o artigo 146 do Código de Processo Penal de 1930 (Código Rocco) exarava autorização genérica para que todo juiz, no exercício de suas funções, pudesse requisitar a intervenção de força pública e prescrever tudo aquilo que fosse necessário para o cumprimento das suas determinações.” (2012, p. 131).

por suposta afronta ao disposto no art. 13 da Carta Magna italiana, em caso que envolvia a inexistência de limites aos poderes instrutórios do magistrado, legitimando o emprego de coação física em face do sujeito passivo da medida de intervenção corporal, em caso de dissentimento deste, para obtenção de elementos para produção de prova pericial (QUEIJO, 2012, p. 317).

Em sua sentença (sentença 54/1986), a Corte Constitucional italiana afastou qualquer afirmação de inconstitucionalidade dos supracitados dispositivos legais, conforme explana Queijo:

A Corte afastou a inconstitucionalidade apontada, propondo a interpretação sistemática dos dispositivos em foco. Segundo a Corte decidiu, na oportunidade, os poderes instrutórios do juiz penal devem ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais. Dois então seriam os limites para que o juiz pudesse usar poderes coercitivos contra o acusado na produção de prova pericial: não poderia dispor de meios que colocassem em perigo a vida ou a incolumidade do acusado ou que fossem lesivos à dignidade ou à intimidade de sua psique, porque estariam em colidência com os direitos fundamentais. Por outro lado, não poderia utilizar meios que colocassem em perigo a saúde do acusado, porque violaria o art. 32 da Constituição.

De outra parte, decidiu a Corte, na mesma oportunidade, que a coleta sanguínea inclui-se na prática ordinária médica e que não atinge a dignidade humana ou a psique da pessoa. Assim, não haveria violação do art. 13, inciso 4º, da Constituição, que se refere à “violência ilícita”, quando se trata de uma “mínima prestação pessoal imposta ao acusado ou terceiros, em um normal e legítimo meio instrutório”.

Firmou-se o entendimento de que a decisão que autoriza a realização da prova pericial sem consentimento do acusado possui natureza de provimento restritivo da liberdade pessoal.

Consoante a sentença da Corte Constitucional italiana, a coleta sanguínea, sem autorização, é caracterizada por temporária indisponibilidade do corpo, mas que não altera a integridade física. (QUEIJO, 2012, p. 318).

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal italiano em 24 de outubro de 1989, respeitável doutrina passou a entender pela existência de regulação legal insuficiente das intervenções corporais no art. 224, 2⁹⁸; arremantando que a disposição expressa no art. 244 e ss. não disciplina as medidas que importam em ofensa ou invasão ao corpo humano, mas apenas as denominadas *ispezione* e *perquisizione*, similares às buscas e reconhecimentos

⁹⁸ Nesse sentido Marteleto Filho enfatiza: “Ocorre que, a partir da reforma da legislação processual penal, o artigo 224.2 do Código de Processo Penal Italiano, em sua redação original, foi interpretado como sendo de normatividade insuficiente para a autorização das intervenções corporais coercitivas.” (2012, p. 132).

personais previstos no ordenamento jurídico brasileiro (MARTELETO FILHO, 2012, p. 132).

Contrariamente ao disposto no parágrafo retro, verifica-se posicionamento de Hernández acerca da existência de regulação normativa das medidas de intervenção corporal no art. 244 e ss. do Código de Processo Penal italiano, desde a sua entrada em vigor, senão vejamos:

Finalmente, o Código de Procedimento Penal italiano, em vigor desde 24 de outubro de 1989, aprovado por Decreto do Presidente da República, de 22 de setembro de 1988, nº 447, Gaceta Oficial nº 250, Supl. de 24 de outubro de 1988), que tem substituído ao antigo «Código Rocco» e inspirado no sistema acusatório (Vid. D'Ambrosio Loris: «O novo Código de Procedimento Penal italiano», Revista Internacional de política criminal, nº 434, janeiro-fevereiro, 1992), também regula como meio de investigação criminal a inspeção judicial de pessoas nos arts. 244 e ss., segundo os quais: «A inspeção de pessoas, lugares ou coisas, se acordará mediante decreto motivado quando seja necessário averiguar as impressões e os demais efeitos materiais do delito». «Antes de proceder à inspeção pessoal, o interessado será advertido da faculdade que tem de ser assistido por pessoa de sua confiança, sempre que esta puder ser localizada sem demora e for idônea, segundo o disposto no art. 120. A inspeção se efetuará com respeito à dignidade e, na medida do possível, ao pudor de quem tenha de ser objeto da inspeção. A inspeção poderá efetuar-se por um médico; neste caso a autoridade judicial poderá abster-se de assistir às operações». (HERNÁNDEZ, 1995, p. 139, tradução nossa).⁹⁹

Dada a crescente discussão doutrinária acerca da existência ou não de regulação normativa suficiente e idônea das intervenções corporais, a Corte Constitucional Italiana proferiu sentença de nº 238/1996, onde se questionou a constitucionalidade do art. 224 do Código de Processo Penal ante a generalidade de sua dicção, e principalmente, os poderes instrutórios do magistrado em determinar

⁹⁹ «Finalmente, el Código de Procedimiento Penal italiano, en vigor desde el 24 de octubre de 1989, aprobado por Decreto del Presidente de la República, de 22 de septiembre de 1988, nº 447, Gaceta Oficial nº 250, Supl. de 24 de octubre de 1988), que ha sustituido al antiguo «Código Rocco» e inspirado en el sistema acusatorio (Vid. D'Ambrosio Loris: «El nuevo Código de Procedimiento Penal italiano», Revista Internacional de política criminal, nº 434, enero-febrero, 1992), también regula como medio de investigación criminal la inspección judicial de personas en los arts. 244 y ss., según los cuales: «La inspección de personas, lugares o cosas, se acordará mediante decreto motivado cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito». «Antes de proceder a la inspección personal, el interesado será advertido de la facultad que tiene de ser asistido por persona de su confianza, siempre que ésta pueda localizarse sin demora y fuera idônea, según lo dispuesto en el art. 120. La inspección se efectuará con respeto a la dignidad y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección. La inspección podrá efectuarse por un médico; en este caso la autoridad judicial podrá abstenerse de asistir a las operaciones» (art. 245).»

coercitivamente a submissão do indivíduo às perícias, em especial, à coleta de sangue.¹⁰⁰

Ocorre que, a almejada declaração de inconstitucionalidade do art. 224 do Código de Processo Penal italiano não ocorreu, e conseqüentemente, a impossibilidade de intervenções corporais coercitivas, restando apenas consagrada a necessidade de regulamentação legislativa específica, já que a preexistente demonstrou-se insuficiente.

Nesse sentido, assevera Marteleto Filho:

Não se declarou inconstitucional a intervenção corporal coercitiva em abstrato; ao contrário, apenas se decidiu no sentido da necessidade de regulamentação legislativa para sua efetivação, em respeito ao princípio da legalidade, que deve imperar em se tratando de restrição a direitos fundamentais, tal qual o direito de liberdade pessoal, consagrado no artigo 13, part. 2, da Constituição italiana. O Tribunal declarou exigível uma lei que previsse os limites e requisitos para a realização de um exame hemático coativo, não bastando uma previsão genérica, autorizadora de uma verdadeira discricionariedade judicial. (MARTELETO FILHO, 1996, p. 1003).

Posicionando-se pela existência de declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 224 do Código de Processo Penal italiano na sentença 238/1996 da Corte Constitucional, no tocante apenas à possibilidade do juiz determinar genericamente medidas que viessem a interferir na liberdade pessoal do indivíduo, com a finalidade de obtenção de material para perícia ou para realização de perícia, denota-se posicionamento de Queijo:

A Corte decidiu, desta vez, que o princípio estabelecido no art. 13, inciso 2º, da Constituição exigia a indicação positiva, pelo legislador, dos pressupostos e limites para adoção de medidas que incidissem sobre a liberdade pessoal. Dessa forma, não se poderia deixar a questão a cargo da discricionariedade do juiz. Por isso foi declarada inconstitucional parte do art. 224 do diploma processual penal que consentia ao juiz, com a finalidade de realizar perícia, dispor de medidas que viessem a incidir sobre a liberdade pessoal do investigado, do acusado ou de terceiros, sem prever especificamente os casos e modos em que poderia ser adotada.

[...]

Entretanto, ressaltou-se, na mesma decisão, que a coleta sanguínea não pode ser entendida como intervenção que comprometa a integridade física ou psíquica, ou mesmo a dignidade do acusado.

[...]

¹⁰⁰ Segundo Queijo: “Salientou-se que a generalidade do art. 224 do diploma processual penal se colocava em contraste com os dispositivos constitucionais enfocados. Isto porque, sob essa ótica, a coleta sanguínea é importante restrição à liberdade pessoal. Assim, seria necessária uma previsão normativa específica dos casos e dos modos em que tais restrições de liberdade pessoal poderiam realizar-se.” (2012, p. 319).

Isto porque, a partir da Sentença n. 238/96 da Corte Constitucional, a atuação da investigação ficou mais limitada. Os exames de DNA só podem ser realizados com o consentimento do investigado ou com outras matérias que não dependam da intervenção corporal (v.g. saliva deixada em um copo). Se faltar o consentimento, o juiz penal não poderá extrair nenhuma consequência negativa para o acusado.

A partir da Sentença 238/96 da Corte Constitucional, a jurisprudência firmou o entendimento de que as intervenções corporais invasivas coercitivas são inadmissíveis, realçando que eventual coleta de sangue sem consentimento do acusado é inutilizável para fins probatórios. (QUEIJO, 2012, p. 320-321).

No tocante aos efeitos gerados pela Sentença 238/1996, em especial, no que se refere às medidas incidentes sobre o corpo humano para obtenção de sangue para submissão a exame de DNA, Etxeberría Guridi afirma:

A polêmica suscitada pela sentença núm. 238, de 9 de julho de 1996, da *Corte Costituzionale* italiana acerca da extração hemática ao objeto da prova de DNA, tem provocado, também neste país, uma série de reações nesta mesma orientação. VIGONI, depois de enumerar os pressupostos necessários para acordar a medida, assinala que «os limites derivados da gravidade do delito, respondem a exigências de economia e podem pôr freio a um excessivo recurso a este método». Acrescenta que, tratando-se do teste genético da vítima ou de terceiros alheios ao fato, o princípio da indispensabilidade, que serve como critério geral, assume especial relevância. Há de atender-se por este motivo «a gravidade do delito ou à natureza do mesmo e ao particular alarme social que o mesmo suscita» ao objeto de evitar o recurso indiscriminado a esta modalidade de investigação. Nos mesmos termos se pronuncia FRIGO, isto é, a futura regulação a que se refere a sentença da *Corte Costituzionale* – cujo vazio impossibilita pelo momento esta modalidade de ingerência – tem de definir com extremo rigor o âmbito dos delitos para cuja investigação seja possível aplicar semelhante medida. (GURIDI, 2000, p.16, tradução nossa).¹⁰¹

A solução para a insuficiência de regulação normativa das intervenções corporais coercitivas foi buscada junto à Lei nº 155, de 31 de julho de 2005, denominada Lei Antiterrorismo, que estabeleceu a possibilidade de reconhecimento/identificação física do investigado por impressões digitais ou DNA, a

¹⁰¹ “La polemica suscitada por la sentencia núm. 238, de 9 de julio de 1996, de la Corte Costituzionale italiana acerca de la extracción hemática al objeto de la prueba de ADN, ha provocado, también en este país, una serie de reacciones en esta misma orientación. VIGONI, tras enumerar los presupuestos precisos para acordar la medida, añade que «los limites derivados de la gravedad del delito, responden a exigências de economía y pueden poder freno a un excesivo recurso a este método». Añade que, tratándose del test genético de la víctima o de terceros ajenos al hecho, el principio de indispensabilidad, que sirve como critério general, asume especial relevância. Ha de atenderse por este motivo a «la gravedad del delito o a la naturaleza del mismo y a la particular alarma social que el mismo suscita» al objeto de evitar el recurso indiscriminado a esta modalidad de investigación. En los mismos términos se pronuncia FRIGO, esto es, la futura regulación a la que se refiere la sentencia de la Corte Costituzionale – cuyo vacío imposibilita por el momento esta modalidad de injerencia – ha de concretar con extremo rigor el ámbito de los delitos para cuya investigación sea posible aplicar semejante medida. Para ello se ha de atender no solo al critério de la gravedad – tradicionalmente relacionado con la pena prevista –, sino, más bien, al critério de la naturaleza del cual se puede deducir la utilidad de un medio de prueba como el considerado.”

qual introduziu o art. 349, inciso 2-bis ao Código de Processo Penal italiano, prevendo a utilização de coleta coercitiva pela polícia judiciária mediante prévia autorização do Ministério Público, de cabelo e saliva necessários à realização da perícia.

Sustentou-se que a identificação física do investigado por meio de impressões digitais ou DNA, de forma coercitiva, não afronta o direito à não autoincriminação, reduzindo novamente o indivíduo à condição de objeto da prova, ao invés da condição de sujeito do processo enquanto garantia basilar do sistema acusatório, demonstrando claro retrocesso legislativo e doutrinário.¹⁰²

Atento a tal retrocesso, Ferrajoli é enfático ao afirmar que o novo Código de Processo Penal Italiano reveste-se de avanço em relação ao antigo Código Rocco, no entanto, alerta para os excessivos elogios da doutrina ao novel diploma, senão vejamos:

Com respeito à crise de legitimidade da jurisdição penal que se abatia sobre o regime do velho Código, é indiscutível que o novo Código representa uma relevante conquista, senão por outro motivo, ao menos pela clara separação introduzida pela escolha acusatória entre juiz e acusação, e entre jurisdição e ação e então pela redefinição dos papéis no processo: de um lado a luta contra o crime e o empenho de investigação sob a responsabilidade da polícia e do Ministério Público; do outro, a posição do juiz como terceiro, e a sua imparcialidade na produção das provas e verificação dos fatos.

Dito isto, parecem decisivamente excessivos os elogios com os quais o novo Código foi recebido pelos expoentes maiores da nossa doutrina processual. Devemos, de fato, reconhecer que em parte por razões *extra codicem*, mas em parte por causa do novo Código, também o sistema das garantias processuais desenhado pela Constituição, não menos do que aquele sistema de garantias penais em tema de crime e de pena, parece destinado a permanecer largamente ineficiente. Antes de tudo, o novo Código encontra-se afastado de um sistema penal da forma de estrita legalidade como era aquele vigente no Código Rocco e no ordenamento judiciário ainda em parte instituído pela RD 12 de 30.01.1941. Em segundo lugar, o novo Código recebeu como forma de compromisso muitos dos institutos antigarantistas do velho sistema e, em particular, de alguns procedimentos policiaescos introduzidos pela legislação de exceção dos anos setenta e oitenta. Enfim, este novo Código estampou uma série de procedimentos especiais que são por demais afastados do sistema das garantias processuais, e que apresentam um risco de perpetuar, ou pior, de reforçar e legitimar culturas e práticas inquisitórias desenvolvidas no período de emergência. (FERRAJOLI, 2006, p. 680-681).

¹⁰² Queijo menciona os seguintes doutrinadores como defensores da condição do investigado como objeto de prova: “TONINI, Paolo. *Manuale breve di diritto processale penale*. Milão: Giuffrè, 2009; GASTALDO, Massimo Ceresa. La ricognizione personale ‘attiva’ all’esame della Corte Costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputado? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, 1993.” (2012, p. 323-324).

Não obstante a tal disposição legal, persistiu na doutrina discussão acerca da inexistência de regulação normativa suficiente e idônea à legitimação das intervenções corporais coercitivas.

Com o advento da Lei nº 85, de 30 de junho de 2009, que em seu art. 24 introduziu o art. 224-bis ao Código de Processo Penal italiano, houve expressa previsão da possibilidade de determinação judicial para realização de intervenções corporais coercitivas para obtenção de fios de cabelo, pelo ou mucosa da boca.¹⁰³

O referido dispositivo legal dispõe ainda, que a medida incidente sobre o corpo humano para obtenção de fios de cabelo, pelos ou mucosa da boca não pode resultar em risco à vida, à integridade física ou à saúde do sujeito passivo da medida, tão pouco expô-lo a sofrimento físico considerável, sendo inadmissíveis tais medidas no direito italiano.

Entretanto, em relação às intervenções corporais para extração de sangue sem o consentimento do indivíduo, verifica-se o prosseguimento da inexistência de regulação normativa expressa e suficiente, já que a mencionada Lei nº 85, de 30 de junho de 2009, nada definiu a esse respeito, persistindo a orientação determinada pela Sentença da Corte Constitucional Italiana nº 238/1996.¹⁰⁴

Destarte, o direito italiano autoriza a execução de medidas de intervenção corporal coercitivas em caso de dissentimento do sujeito passivo (desde que exijam mera cooperação passiva do indivíduo), consistentes em extração compulsória de fios de cabelo, pelos ou mucosa bucal, observados os requisitos legais.

¹⁰³“Art. 224-bis. Procedimento do juiz para perícias que requerem a realização de atos idôneos a afetar a liberdade pessoal. 1. Quando se procede por homicídio doloso, consumado ou tentado, para o qual a lei prescreve a pena de prisão perpétua ou prisão por um prazo máximo de três anos e em outros casos expressamente previstos na lei, se para a execução da perícia é necessário realizar atos que afetam a liberdade pessoal, tais como a remoção de fios de cabelo, de pele ou mucosa oral sobre pessoas vivas, para efeitos de determinar os resultados de perfil médico de DNA, e não há o consentimento da pessoa a ser examinada pelo perito, o juiz, até mesmo ex officio, por despacho fundamentado pode determinar a execução coativa, se esta resulta absolutamente indispensável para a prova dos fatos”. (ITÁLIA, 2010, tradução nossa). “Art. 224-bis. *Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale*. 1. Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell’ergastolo o della reclusione nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l’esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all’esame del perito, il giudice, anche d’ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l’esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.”

¹⁰⁴ Segundo Marteleto Filho: “Assinale-se que a coleta de sangue não foi prevista pela nova regulamentação, o que sugere que, em relação a esta, deve prevalecer o entendimento esposado na Sentenza 238/1996, da Corte Constitucional.” (2012, p. 133).

Quanto à extração de sangue para realização de exame de DNA prossegue a vedação imposta pela Sentença 238/1996, até a edição de diploma legal regulador da matéria, muito embora haja posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, entendendo pela legitimação de tais medidas junto ao art. 224-bis do Código de Processo Penal Italiano.

2.1.4 Portugal

No direito português averigua-se o reconhecimento do direito a não autoincriminação, tanto em sede constitucional quanto em sede infraconstitucional, sendo certo que a Constituição da República Portuguesa, em vários de seus dispositivos, consagra, ainda que implicitamente o *nemo tenetur se detegere*.¹⁰⁵

Nesse sentido, enfatiza Mendes:

O princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, não consta expressamente do texto da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), mas “a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional”. Há quem baseie o princípio muito simplesmente nas garantias processuais, consagrada genericamente nos artigos 20º, nº 4, in fine, e 32º, nº 1, CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento directo e imediato o *nemo tenetur*, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º CRP. Seja como for, o princípio *nemo tenetur* é aceite por todos. (MENDES, 2010, p. 125-126).

Na seara constitucional, a Carta Magna lusitana estabelece como primeiro princípio fundamental da República Portuguesa a dignidade da pessoa humana (art. 1º), e como tarefas fundamentais do Estado, dentre outras, a garantia dos direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático (art. 9º, b).

Reconhece como direitos fundamentais a integridade física e moral (art. 25), o desenvolvimento da personalidade, a reserva da intimidade da vida privada e

¹⁰⁵ Dias e Ramos afirmam: “Ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa no princípio surge no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (arts. 61º, nº 1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1, do CPP). Maugrado (sic) a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*. [...] O princípio *nemo tenetur* goza de consagração constitucional implícito no Direito português [...] e desdobra-se numa série de corolário, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio.” (2009, p. 14-15).

familiar (art. 26, 1), além de determinar o estabelecimento de leis que garantam efetivamente o indivíduo contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações pessoais e familiares (art. 26, 2).

Já no tocante às garantias atinentes ao processo criminal, a Constituição Portuguesa estabelece o respeito à ampla defesa (art. 32, 1) e ao contraditório, consagrando expressamente o sistema acusatório do processo (art. 32, 5), além de declarar a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (art. 32, 8).

Nesse viés, traz-se à baila posicionamento de Queijo:

A Constituição portuguesa não reconhece, expressamente, o direito ao silêncio entre as garantias do processo criminal. Entretanto, o art. 1º do texto constitucional estabelece que a República portuguesa é baseada na dignidade da pessoa humana.

Além disso, no título dedicado aos direitos, liberdades e garantias, o art. 25 dispõe sobre o direito à integridade pessoal, estabelecendo que a “integridade moral e física das pessoas é inviolável” e que “ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”.

Ambos os dispositivos guardam relação com o direito ao silêncio, que tutela a dignidade e integridade moral do acusado.

No plano constitucional tutela-se também o direito a todas as garantias da defesa.

[...]

Em acréscimo, o art. 32, n. 8, impõe nulidade a todas as provas obtidas mediante tortura, coação e ofensa à integridade física ou moral da pessoa. (QUEIJO, 2012, p. 186-187).

Ademais, o art. 16 da Constituição Portuguesa estabelece que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, determinando ainda, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim sendo, ao estabelecer que os direitos fundamentais expressamente previstos na Carta Magna lusitana não excluem outros constantes de tratados e demais diplomas de direito internacional em que Portugal seja signatário, está se reconhecendo o *nemo tenetur se detegere* previsto na Convenção Americana de

Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, 2,g); no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14º, 3,g); e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 55, 1, a, art. 55, 2, b, e art. 67, 1, g (HADDAD, 2005, p.120-121).

Já na seara infraconstitucional, o Código de Processo Penal português estabelece em seu art. 61, I, d, o direito de não responder a perguntas feitas por qualquer autoridade, acerca dos fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que prestar sobre tais fatos, reconhecendo expressamente o direito à não autoincriminação.¹⁰⁶

Na mesma esteira são os artigos 343 e 345 do diploma processual penal lusitano, que estabelecem o direito ao silêncio na fase de instrução processual, consignando que a recusa a responder às perguntas não poderá desfavorecer o acusado e sua defesa.¹⁰⁷

Complementando a faceta original do direito à não autoincriminação consistente no direito ao silêncio, o art. 126 do Código de Processo Penal português veda expressamente o emprego de métodos que afrontem a integridade física ou moral, ou a saúde do indivíduo, ou ainda, de outros meios cruéis ou enganosos.

Nesse sentido é a posição de Queijo:

Complementa a tutela do direito ao silêncio, já que tais declarações estão elencadas entre os meios de prova, o art. 126 do diploma processual penal, que indica os métodos proibidos de prova, impondo a nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas.

[...]

São entendidas, em consonância com o disposto no art. 126, como ofensivas à integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas mediante: perturbação da liberdade de vontade ou de decisão por meio de

¹⁰⁶ Segundo Queijo: “No Código de Processo Penal, o direito ao silêncio é protegido e o arguido não presta juramento. Tal direito está elencado entre os direitos do arguido: ‘não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar’ (consoante o art. 61, n. 1, alínea d).” (2012, p. 187).

¹⁰⁷ “Artigo 343. Declarações do arguido. 1 - O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que, no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo. [...] 5 - Ao Ministério Público, ao defensor e aos representantes do assistente e das partes civis não são permitidas interferências nas declarações do arguido, nomeadamente sugestões quanto ao modo de declarar. Ressalva-se, todavia, relativamente ao defensor, o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 345. [...] Artigo 345. Perguntas sobre os factos. 1 - Se o arguido se dispuser a prestar declarações, cada um dos juizes e dos jurados pode fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. O arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso possa desfavorecer.” (PGDL).

maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou outros meios cruéis ou enganosos, perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; utilização de força, fora dos casos previstos em lei; ameaça com medida legalmente inadmissível e com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício previsto em lei; e promessa de vantagem não disciplinada legalmente. (QUEIJO, 2012, p. 192).

No entanto, percebe-se da redação dos artigos 154 e 156 do Código de Processo Penal Português, que o direito a não autoincriminação não contempla a inviolabilidade do corpo humano (integridade física e moral) na hipótese de obtenção de elementos corporais para realização de perícia.¹⁰⁸

Os referidos dispositivos legais estabelecem a possibilidade de determinação pelo magistrado¹⁰⁹, de ofício ou a requerimento, de submissão coercitiva do indivíduo a perícias ou procedimentos invasivos ao corpo humano para obtenção de material suscetível de perícia, em caso de dissentimento deste, consignando que,

¹⁰⁸ “Artigo 154. Despacho que ordena a perícia. 1 - A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia [...] 3 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado. 4 - O despacho é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia. 5 - Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos: a) Em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito; b) De urgência ou de perigo na demora. Artigo 156º. Procedimento [...] 6 - As perícias referidas no n.º 3 do artigo 154. são realizadas por médico ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado. 7 - Quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários.” (PGDL).

¹⁰⁹ O Tribunal Constitucional Português julgou inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32, nº 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126º, nº s 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita de material genético realizada em outra investigação ou processo (PORTUGAL, 2007).

em tal decisão, deverá ser considerado o princípio da proporcionalidade enquanto medidas violadoras dos direitos à integridade física e à intimidade corporal.¹¹⁰

O art. 154 estabelece a obrigatoriedade de notificação de tal determinação judicial ao Ministério Público, ou ao autor da ação, caso não seja crime de ação penal pública, ao arguido (sujeito passivo da medida) e ao seu representante legal (nos casos legais), bem como, ao seu defensor, excepcionalizando a hipótese em que o conhecimento da medida pelo arguido, representante legal ou defensor possa prejudicar a diligência, ou ainda, quando for urgente e houver perigo na demora.

Quanto ao procedimento, estabelece o art. 156 do Código de Processo Penal, que as medidas que incidam sobre a integridade física ou intimidade corporal do indivíduo deverão ser realizadas por médico ou outra pessoa tecnicamente habilitada e não podem gerar risco à saúde do sujeito passivo.

Consigna que a utilização dos resultados obtidos das amostras de sangue e demais células corporais é restrita ao processo em curso ou a outro já instaurado, vedando-se assim, a possibilidade de utilização de tais elementos para abastecer bancos de dados.¹¹¹

¹¹⁰ Nesse sentido, traz-se à baila trecho do Acórdão do Tribunal de Relação do Porto (proc. 1728/12.8JAPRT.P1): “[...] Recapitulando, podemos considerar que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c). Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, nestes casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii).” (PORTUGAL, 2013).

¹¹¹ O Tribunal Constitucional Português julgou inconstitucional, por violação do disposto nos artigos nºs 25, 26 e 32, nº 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172, nº 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; (PORTUGAL, 2007).

Ainda os artigos 171 e 172 do Código de Processo Penal lusitano¹¹² complementam o disposto nos supracitados dispositivos legais, tratando de disciplinar os exames periciais incidentes sobre as pessoas relacionadas ao crime e a possibilidade de submissão coercitiva destas em caso de dissentimento.

Estabelecendo, expressamente, que as medidas que importem em ofensa à dignidade ou o pudor do indivíduo devem ser realizadas de forma a acarretar a menor ofensa ou constrangimento possíveis, e somente serão assistidas pelo magistrado, o próprio arguido e por pessoa de sua confiança, sendo um dever do Estado informar-lhe de tal direito.

Nesse sentido assevera Hernández:

O mais recente Código Processual Penal português (de 17 de fevereiro de 1987) segue uma linha semelhante, ao estabelecer em seu art. 171 que por meio de exames de pessoas se possam inspecionar os vestígios que pudesse ter deixado o delito e todos os indícios relativos ao modo e lugar onde se cometeu, as pessoas responsáveis ou sobre as vítimas; para o art. 172 acrescentar: «se alguém pretende eximir-se ou impedir qualquer exame devido [...] poderá ser compelido por decisão da autoridade judicial competente», respeitando em todo caso a dignidade da pessoa e, enquanto isso for possível, o pudor do submetido, a presença judicial e em companhia de pessoa de sua confiança. (HERNÁNDEZ, 1995, p. 39, tradução nossa).¹¹³

Portanto, não obstante a Constituição e o Código de Processo Penal lusitanos reconheçam, a primeira implícita e o segundo explicitamente, o *nemo tenetur se detegere*, verifica-se que tal direito não se aplica aos casos em que seja necessária a realização de perícia com extração de elementos corpóreos.

¹¹² “Artigo 171. Pressupostos. 1 - Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido [...] Artigo 172. Sujeição a exame. 1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente. 2- É correspondentemente aplicável o disposto nos nº s 3 do artigo 154 e 6 e 7 do artigo 156. 3 - Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.” (PGDL).

¹¹³ “El más reciente Código Procesal Penal português (de 17 de febrero de 1987) sigue una línea semejante, al establecer en su art. 171 que por medio de exámenes de personas que puedan inspeccionar los vestígios que pudiera haber dejado el delito y todos los indicios relativos al modo y lugar donde se cometió, las personas responsables o sobre las víctimas, para el art. 172 añadir: «si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido [...] podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente», respetando en todo caso la dignidad de la persona y, en cuanto ello fuere posible, el pudor del sometido, a presencia judicial y en compañía de persona de su confianza.”

Sendo certo que, havendo dissentimento do sujeito passivo da medida, esta poderá ser determinada coercitivamente por ordem de juiz competente, devidamente fundamentada, e com supedâneo no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).¹¹⁴

A ressalva a tal determinação é no sentido de que tais medidas não importem risco à vida, à integridade física ou à saúde do indivíduo, nem se consubstanciem em medidas demasiadamente ofensivas ao pudor ou à dignidade da pessoa humana.

2.2 AMÉRICA DO SUL

2.2.1 Argentina

No direito argentino o *Nemo tenetur se detegere* possui expressa previsão legal no art. 18 da Constituição da Nação Argentina, que estabelece que “ninguém será obrigado a declarar contra si mesmo”, bem como, a “inviolabilidade da defesa em juízo da pessoa e de seus direitos fundamentais”.

Em sede infraconstitucional, o Código de Processo Penal argentino estabelece no art. 296 o direito ao silêncio do imputado, enquanto primeira veste do direito a não autoincriminação, podendo abster-se de responder às perguntas que lhe forem realizadas¹¹⁵, sendo vedada a utilização de coação ou outro meio que o induza a declarar contra a sua vontade.

Nesse sentido a jurisprudência da Suprema Corte argentina tem reconhecido o direito a não autoincriminação e as decorrências do mesmo no interrogatório do acusado, conforme explicita Queijo:

¹¹⁴ Acerca da possibilidade de determinação judicial para submissão coercitiva à medidas que impliquem em intervenção corporal com emprego do princípio da proporcionalidade, verifica-se julgados dos Tribunais Portugueses: “Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 199/07.5GHSNT – 3, de 18-03-2011; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. 1728/12.8JAPRT.P1, de 10-07-2013; Acórdãos do Tribunal Constitucional Português n.º 11/83, 285/92, 17/84, 634/93, 86/94, 99/99, 187/2001, 302/2006, 155/2007, 158/2008. (PORTUGAL, 2013).

¹¹⁵ “Liberdade de declarar. Art. 296. – O imputado poderá abster-se de declarar. Em nenhum caso será requerido juramento ou promessa de dizer a verdade nem se exercerá contra ele coação ou ameaça por meio algum para obrigá-lo, induzi-lo ou determiná-lo a declarar contra sua vontade nem lhe farão exigências ou reconvenções tendentes a obter sua confissão. A inobservância deste preceito fará nulo o ato, sem prejuízo da responsabilidade penal ou disciplinar que corresponda.” (ARGENTINA, 1991, tradução nossa). “*Libertad de declarar. Art. 296 - El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenazani medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda.*”

A Corte Suprema argentina vem reconhecendo, em diversos dos seus julgados, as decorrências do mencionado princípio no interrogatório do acusado:

- a vedação à imposição do juramento de dizer a verdade, salientando que este configura uma forma de coação, obrigando-o a depor contra si mesmo e que as suas declarações devem emanar de livre vontade;

- proibição de fazer alguém declarar como testemunha, sob as penas do falso, quando se trata de suspeito, que teria a garantia constitucional de não ser obrigado a declarar contra si mesmo; ou seja, o suspeito não pode ser compelido a depor como testemunha, porque isso o obrigaria a mentir ou a violar o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*;

- vedação à confissão obtida mediante coação, em razão de alterações no estado físico e psíquico do acusado: a confissão não tem valor quando for produto de coação, abrangendo aspectos físicos e psíquicos. Assim sendo, estão incorporadas na proteção do *nemo tenetur se detegere* todas as formas de coação física e moral contra o acusado, incluindo as ameaças, “soros da verdade”, enganos e detectores de mentira. (QUEIJO, 2012, p. 196-197).

Igualmente ao cenário verificado nos já analisados ordenamentos alemão, espanhol, italiano e português, que reconhecem implícita ou explicitamente o direito à não autoincriminação em sede constitucional e infraconstitucional, porém, admitem a utilização de intervenções corporais ainda que coercitivamente em caso de dissentimento do sujeito passivo da medida, no direito argentino também existe previsão expressa de tais medidas.

Entretanto, alguns doutrinadores defendiam a ausência de regulação legal específica e suficiente a legitimar o emprego de medidas invasivas sobre o corpo humano, sustentada no art. 218¹¹⁶ do Código de Processo Penal da Nação e no art.

¹¹⁶“Art. 218. Quando o juzgue necessário, o juiz poderá proceder à inspeção corporal e mental do imputado, cuidando que no possível se respeite seu pudor. Poderá dispor igual medida a respeito de outra pessoa, com a mesma limitação, nos casos de grave e fundada suspeita ou de absoluta necessidade. Caso necessário, a inspeção poderá praticar-se com o auxílio de peritos. Ao ato só poderá assistir o defensor ou uma pessoa de confiança do examinado, a quem será advertido previamente de tal direito.” (ARGENTINA, 1991, tradução nossa). “Art. 218. *Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete su pudor. Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad. En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto solo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho.*”

214¹¹⁷ do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires, entendendo que ambas regulavam apenas as medidas de inspeção corporal (ingerências menos graves). Nesse sentido é o posicionamento de Tapia:

O problema central a que nos aproximamos ao estudar a regulação legal das intervenções corporais é precisamente a **ausência de regulação específica** nos ordenamentos processuais da Nação e Província de Buenos Aires. Vejamos como está regulada a questão na legislação adjetiva bonaerense. No Código Processual Penal da Província de Buenos Aires, a única norma que contém uma referência às **inspeções corporais** é o art. 214 do CPPBA.

No entanto, dois problemas centrais se derivam da regulação legal desta norma:

a. por um lado, a inspeção corporal é uma **diligência extremamente simples** que não pode confundir-se com uma intervenção corporal, que exige explorar o organismo com a finalidade de analisar seu estado.

b. por outra parte, a norma de referência só contempla a execução de um exame corporal sobre o **imputado**, sem regular uma possível medida análoga sobre terceiros, a respeito de terceiras pessoas desvinculadas dos fatos (ex: obtenção de amostras sanguíneas sobre a vítima de uma apropriação).

O ordenamento adjetivo da Nação regula a inspeção corporal em seu artigo 218.

Esta norma, enquanto admite a possibilidade de prática a respeito de terceiros não imputados, mantém a objeção assinalada no ponto a. do parte anterior.

Se adverte então que não há uma regulação específica das intervenções corporais nos Códigos Processual Penal da Nação nem da Província de Buenos Aires. (TAPIA, 2011, p. 23-24, tradução nossa).¹¹⁸

¹¹⁷“Art. 214: Exame corporal e mental. Quando se julgue necessário, se procederá ao exame corporal ou mental do imputado, respeitando seu pudor. O exame deverá praticar-se com o auxílio de peritos. O ato só poderá ser assistido por uma pessoa de confiança do examinado, que será advertido previamente de tal direito. Para realizar o exame, poderá ordenar-se que durante a diligência não se ausentem as pessoas que tiverem sido encontradas no lugar ou que compareça imediatamente qualquer outra. Os que desobedecerem incorrerão na responsabilidade das testemunhas, sem prejuízo de serem compelidos pela força pública”. (ARGENTINA, 1991, tradução nossa).“Art. 214: *Examen corporal y mental. Cuando se juzgue necesario, se procederá alexamen corporal o mental del imputado, respetando su pudor. El examen deberá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto solo podrá asistir una persona de confianza del examinado, quién será advertido previamente de tal derecho. Para realizar el examen, podrá ordenarse que durante la diligencia no se ausenten las personas que hubieren sido halladas en el lugar o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública*”.

Ainda em relação à ausência de regulação normativa específica e suficiente, sustenta Tapia (2011, p. 23-24) a previsão contida no art. 62 da Lei nº 12.061/1998 do Ministério Público¹¹⁹, incidente sobre a província de Buenos Aires, que assegura a realização de intervenções corporais mínimas pelo Agente Fiscal (auxiliar do Ministério Público) em casos excepcionais e de urgência, para descoberta da verdade e desde que não afetem a saúde, a integridade física, a dignidade ou intimidade da pessoa, e tais medidas sejam conhecidas das partes e possibilitada a presença de pessoa de confiança do sujeito passivo.

Acerca de tal disposição legal, o referido autor prossegue com as críticas em face da ausência de regulação normativa idônea, enfatizando a afronta à legalidade processual e à jurisdicionalidade, senão vejamos:

Como se adverte, o art. 62 da lei do Ministério Público delega a prática das diligências enunciadas ao Agente Fiscal.

[...]

¹¹⁸ “El problema central al que nos aproximamos al estudiar la regulación legal de las intervenciones corporales, es precisamente la ausencia de regulación específica en los ordenamientos procesales de Nación y Provincia de Buenos Aires. Veamos como está regulada la cuestión en la legislación adjetiva bonaerense. En el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, la única norma que contiene una referencia a las inspecciones corporales es el art. 214 del CPPBA. Sin embargo, dos problemas centrales se derivan de la regulación legal de dicha norma:

- a. por un lado, la inspección corporal es una diligencia extremadamente simple que no puede confundirse con una intervención corporal, que exige explorar el organismo con la finalidad de analizar su estado.
- b. por otra parte, la norma de referencia sólo contempla la ejecución de un examen corporal sobre el imputado, sin regular una posible medida análoga sobre terceros respecto de terceras personas desvinculadas de los hechos (ej: obtención de muestras sanguíneas sobre la víctima de una apropiación). El ordenamiento adjetivo de Nación regula la inspección corporal en su artículo 218. Dicha norma, si bien admite la posibilidad de práctica respecto de terceros no imputados, mantiene la objeción señalada en el punto a. del apartado anterior. Se advierte entonces que no hay una regulación específica de las intervenciones corporales en los Códigos Procesal Penal de la Nación ni de la Provincia de Buenos Aires.”

¹¹⁹ “Art. 62. O imputado e a prova. Em casos de excepcionalidade e urgência e quando não exista meio alternativo para constatar circunstâncias importantes para a descoberta da verdade, tais como alcoolemias, perícias toxicológicas ou outras de similar importância, o Fiscal poderá autorizar mínimas intervenções corporais na pessoa do imputado. Se for o caso, deverão efetuar-se por profissionais especialmente habilitados ao feito e segundo as regras e cuidados que estabelece o saber médico, sempre que as manobras que se pratiquem não afetem a saúde, dignidade, integridade física ou intimidade das pessoas. A intervenção que se pratique segundo o disposto precedentemente, deverá levar-se a cabo com devido controle de partes e/ou com a presença de pessoa de confiança.” (ARGENTINA, 1991, tradução nossa). “Art. 62. *El imputado y la prueba. En casos de excepcionalidad y urgencia y cuando no exista medio alternativo para constatar circunstancias importantes para el descubrimiento de la verdad, tales como alcoholemias, pericias toxicológicas u otras de similar entidad, el Fiscal podrá autorizar mínimas intervenciones corporales en la persona del imputado. En su caso, deberán efectuarse por profesionales especialmente habilitados al efecto y según las reglas y cuidados que establece el saber médico, siempre que las maniobras que se practiquen no afecten la salud, dignidad, integridad física o intimidad de las personas. La intervención que se practique según lo dispuesto precedentemente, deberá llevarse a cabo con debido control de partes y/o con la presencia de persona de confianza*”.

Participamos da opinião que a limitação dos direitos fundamentais **resulta monopólio jurisdiccional**.

A previsão 18 das Regras Mínimas do Processo Penal, conhecidas como “Regras de Mallorca” estabelece que toda medida que implique uma limitação aos direitos da pessoa poderá ser ditada só por uma autoridade judicial alheia à investigação.

Dado que as intervenções corporais implicam uma ingerência do Estado no corpo do imputado, participamos da opinião que **tais medidas devem ser ordenadas por um juiz**, como expressão da **garantia de jurisdiccionalidade**.

Esta concepção torna inaplicável o art. 62 da lei do Ministério Público, já que a execução da medida por uma das partes processuais viola abertamente a garantia enunciada.

Em consequência, devemos concluir que em matéria de intervenções corporais, a ausência de regulação específica nos respectivos ordenamentos processuais, implica uma evidente restrição ao princípio da legalidade processual. (TAPIA, 2011, p. 24, grifo nosso, tradução nossa).¹²⁰

¹²⁰ “Como se advierte, el art. 62 de la ley de Ministerio Público delega la práctica de las diligencias enunciadas en el Agente Fiscal. [...] Participamos de la opinión que la limitación de los derechos fundamentales resulta monopólio jurisdiccional. La previsión 18 de las Reglas Mínimas del Proceso Penal, conocidas como “Reglas de Mallorca” establece que toda medida que implique una limitación a los derechos de la persona podrá ser dictada sólo por una autoridad judicial ajena a la investigación. Dado que las intervenciones corporales conllevan una injerencia del Estado en el cuerpo del imputado, participamos de la opinión que dichas medidas deben ser ordenadas por un juez, como expresión de la garantía de jurisdiccionalidad. Esta concepción torna inaplicable el art. 62 de la ley del Ministerio Público, ya que la ejecución de la medida por una de las partes procesales viola abiertamente la garantía enunciada. En consecuencia, debemos concluir que en materia de intervenciones corporales, la ausencia de regulación específica en los respectivos ordenamientos procesales, implica una evidente restricción al principio de legalidad procesal.”

Somente a partir de 2009, com a entrada em vigor da Lei 26.549, de 27 de novembro de 2009, que introduziu o art. 218-bis¹²¹ ao Código de Processo Penal argentino, passou a ter expressa previsão das intervenções corporais para obtenção de material hemático, saliva, pelos, fios de cabelo e outros materiais biológicos para submissão a exame de DNA.

A referida lei consigna a possibilidade de determinação judicial, devidamente motivada, em face do suspeito/acusado ou terceiros, quando tais medidas mostrarem-se necessárias à identificação pessoal ou ao esclarecimento de fatos

¹²¹“Art. 218 bis. - Obtenção de ácido desoxirribonucleico (DNA). O juiz poderá ordenar a obtenção de ácido desoxirribonucleico (DNA), do imputado ou de outra pessoa, quando isso for necessário para sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de importância para a investigação. A medida deverá ser ditada por auto fundado onde se expressem, sob pena de nulidade, os motivos que justifiquem sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto. Para tais fins, serão admissíveis mínimas extrações de sangue, saliva, pelo, cabelo ou outras amostras biológicas, a efetuar-se segundo as regras do saber médico, quando não for de temer prejuízo algum para a integridade física da pessoa sobre a que deva efetuar-se a medida, segundo a experiência comum e a opinião do expert a cargo da intervenção. A mesma será praticada do modo menos lesivo para a pessoa e sem afetar seu pudor, tendo especialmente em consideração seu gênero e outras circunstâncias particulares. O uso das facultades coercitivas sobre o afetado pela medida em nenhum caso poderá exceder o estritamente necessário para sua realização. Se o juiz o estimar conveniente, e sempre que seja possível alcançar igual certeza com o resultado da medida, poderá ordenar a obtenção de ácido desoxirribonucleico (DNA) por meios distintos à inspeção corporal, como o sequestro de objetos que contenham células já desprendidas do corpo, para o qual poderão ordenar-se medidas como o registro domiciliar ou a revista pessoal. Assim mesmo, quando num delito de ação pública se deva obter ácido desoxirribonucleico (DNA) da suposta vítima do delito, a medida ordenada se praticará tendo em conta tal condição, a fim de evitar sua revitimização e resguardar os direitos específicos que tem. A tal efeito, se a vítima se opuser à realização das medidas indicadas no segundo parágrafo, o juiz procederá do modo indicado no quarto parágrafo. Em nenhum caso regerão as proibições do artigo 242 e a facultade de abstenção do artigo 243.”(ARGENTINA, 2009, tradução nossa).“Art. 218 bis. - *Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización. Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal. Así mismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo. En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.*”

relevantes à investigação, analisando-se a necessidade, a razoabilidade e a proporcionalidade em cada caso.

Estabelece ainda, que tais medidas deverão obedecer às regras da práxis médica, sendo realizadas por médico ou pessoa tecnicamente habilitada e em nenhum caso poderão ensejar risco ou prejuízo à integridade física do indivíduo, nem seu pudor, considerado gênero da pessoa e outras circunstâncias particulares.

Por derradeiro, prevê ainda, a possibilidade de determinação judicial para realização de tais medidas coercitivamente, em caso de dissentimento do sujeito passivo, consignando que tal emprego de coação será limitado ao estritamente necessário à execução da medida.

Atento a tal disposição legal, Marteleto Filho afirma o claro posicionamento argentino em consonância com a doutrina e jurisprudência européia, no sentido de considerar o indivíduo como objeto de prova nas medidas que lhe exijam um comportamento meramente passivo, nos seguintes termos:

A doutrina e jurisprudência, no mesmo sentido dos países europeus, já vinham trabalhando com os critérios de distinção sujeito/objeto de prova e passividade/atividade para aferir a legitimidade das intervenções corporais coercitivas à luz da garantia contra a autoincriminação. Pondera-se que, caso se pretenda realizar a averiguação no próprio corpo do acusado, em que se demande mera postura passiva deste, ele assume a condição de objeto de prova, legitimando-se a intervenção corporal coercitiva. Isso desde que, obviamente, a medida não atinja direitos fundamentais, como a saúde e a dignidade da pessoa humana. (TAPIA, apud MARTELETO FILHO, 2012, p. 134).

Nesse sentido Tapia apresenta patente crítica ao supracitado entendimento doutrinário e jurisprudencial, sustentando a relatividade de tal classificação (conduta ativa e conduta passiva do indivíduo), senão vejamos:

Apesar disso, se tem remarcado diversos problemas que igualmente gera esta distinção.

Em primeiro lugar, se tem apontado que é inimaginável uma tolerância completamente passiva, já que para levar a cabo praticamente toda medida de prova em que o imputado esteja envolvido de algum modo, se necessitará sempre alguma participação de sua parte em forma de “atividade” por mínima que ela seja. Vejamos: [...] para realizar a extração de sangue, será necessário que se arremangue, que coloque seu braço em uma determinada posição, que serre o punho, etc.

[...]

Uma segunda objeção à distinção mencionada sustenta que a rejeição da obrigatoriedade de toda medida que requeira atividade do imputado, em definitivo convalida ingerências corporais, as vezes dolorosas e/ou agressivas no corpo do imputado tais como a extração de sangue mediante

uma agulha, de urina por meio da introdução de um catéter na bexiga ou a evacuação compulsiva de substâncias previamente ingeridas. (TAPIA, 2011, p. 16-17, tradução nossa).¹²²

No tocante às medidas ou técnicas empregadas sobre o corpo humano tendentes a provocar reações consideradas naturais ao organismo (vômito, evacuação anal, urina), diferentemente do entendimento jurisprudencial, Tapia (2011, p. 26-27) afirma que o princípio da liberdade probatória admite quaisquer meios de prova, ainda que não previstos expressamente, desde que não suprimam garantias constitucionais do cidadão, entendendo ser inadmissíveis tais medidas por afronta à dignidade da pessoa humana e à integridade e intimidade corporal.

Já na jurisprudência argentina, verifica-se entendimento acerca da possibilidade de realização coercitiva de medidas invasivas sobre o organismo do suspeito/acusado e de terceiros, mesmo anteriormente à Lei nº 26.549/2009 que introduziu ao Código de Processo Penal o art. 218-bis, mencionando-se o caso Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia e outros s/ subtração de menores de 10 anos-causa n. 46/85 A (CSJN).

E os casos H.G. S. e Outro s/ apelação de medidas probatórias – causa nº 197/90 (CSJN); Aranguren–Câmara Criminal e Correccional - Sala I, JA, 1992-III-23 (CARRIO 1994, p. 314); Guarino, Mirta Liliana s/querella, rta. 27-12-1996 - Decisões 319:3370; Vázquez Ferra, Evelin Karina s/ incidente de apelação" - Decisões 326:3758 CSJN - 30/09/2003; Vázquez. Sarmiento., E. s/subtração de menor", CNCrimy Corr Fed - Sala II - 14/07/2004, da Câmara Federal Criminal e Correccional de Capital Federal, C. 21147; Barnes de Carlotto, Estela em representação da Associação Abuelas de Plaza de Mayo s/sua denúncia" – Câmara Federal de Apelações de San Martín, Província de Buenos Aires - Sala II – RTA. 30/09/2004, C. 3138 (728/02) Reg. 3529 (2011, p. 33).

¹²² "A pesar de ello, se han remarcado diversos problemas que igualmente genera esta distinción. En primer lugar, se ha apuntado que es inimaginable una tolerancia completamente pasiva, ya que para llevar a cabo prácticamente toda medida de prueba en la que el imputado esté involucrado de algún modo, se necesitará siempre alguna participación de su parte en forma de "actividad" por mínima que ella sea. Veamos: [...] para realizar la extracción de sangre, será necesario que se arremangue, que coloque su brazo en una determinada posición, que cierre el puño, etc. [...] Una segunda objeción a la distinción mencionada sostiene que el rechazo de la obligatoriedad de toda medida que requiera actividad del imputado, en definitiva convalida injerencias corporales, a veces dolorosas y/o agresivas en el cuerpo del imputado tales como la extracción de sangre mediante una aguja, de orina por medio de la introducción de un catéter en la vejiga o la evacuación compulsiva de sustancias previamente ingeridas. [...] Dicho de otro modo, en la facultad de aplicar coerción directa para tolerar se oculta siempre una forma de coerción indirecta para autoincriminarse en forma activa."

Importante precedente que marcou a mudança de posicionamento Corte Suprema de Justiça da Nação é o caso Peralta - P., G. G. s/ apela realização de avaliação pericial – Câmara Nacional Criminal e Correccional Federal - Sala I - 14/11/2006, C. 38.513, que trata de crime de subtração de menores ao tempo em que imperava na Argentina a ditadura militar, em que foi determinada a realização de exame de DNA para comprovação de filiação e verificou a recusa da vítima em submeter-se à extração de sangue para comparação com o Banco Nacional de Dados Genéticos.

Frente a tal circunstância o magistrado originário, seguindo orientação do BNDG e da Lei 23.511/87, no sentido da possibilidade de obtenção de material genético por meios alternativos, determinou busca domiciliar e apreensão de pelos, fios de cabelo e demais elementos corpóreos já separados do corpo humano, obtendo assim, o necessário material genético para realização da prova técnica¹²³, tendo a Corte Suprema confirmado a sentença.¹²⁴

Ainda quanto ao entendimento da jurisprudência platina, mister enfatizar a situação da submissão do indivíduo à medidas tendentes a forçar/antecipar a evacuação intestinal, seja por meio de vômito ou de evacuação anal ou urinária, sendo certo que a Corte Suprema de Justiça da Nação tem se pronunciado pela legitimidade de tais medidas, citando-se o caso *Alvarez*, julgado pela Câmara Nacional de Direito Penal Econômico da Capital, Sala I, LL, 1989-B-512 (CARRIO, 1994, p. 315-319).

¹²³ “[...] 15) Que nesse sentido, não se observa que a medida em questão ocasione a afetação de direitos fundamentais, tais como a vida, a saúde, a integridade corporal ou a intimidade, já que as amostras tem sido tomadas sem invadir o corpo do recorrente, e mais, sem sequer contar com sua participação ativa, e sua utilização tem por fim a tutela do interesse público que reclama a determinação da verdade em juízo, através do procedimento penal, que não é senão o meio para alcançar os valores mais altos: a verdade e a justiça (Decisões: 318:2518, considerando 11).” (CSJN, ARGENTINA, 2009, tradução nossa). “[...] 15) *Que en ese sentido, no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del inter és público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia.*” (Fallos: 318:2518, considerando 11).”

¹²⁴ Nesse sentido enfatiza Tapia: “O *holding* de ‘Peralta’ abre uma nova via para a realização de estudos de histocompatibilidade de DNA que permite prescindir da convocação do imputado para a extração sanguínea. Em efeito, o registro do âmbito natural onde reside o imputado, onde tem pernoitado ou se tem higienizado, permite a obtenção de material biológico apto para levar a cabo a comparação.” (2011, tradução nossa) “*El holding de ‘Peralta’ abre una nueva vía para la realización de estudios de histocompatibilidad de ADN que permite prescindir de la convocatoria al imputado para la extracción de sanguínea. En efecto, el registro del ámbito natural donde reside el imputado, donde ha pernoitado o se ha higienizado, permite la obtención de material biológico apto para llevar a cabo el cotejo.*”

Em tal julgado a Corte considerou que *Alvarez* havia consentido com a medida, tendo formalizado tal consentimento, o que a defesa afirmou ter ocorrido em situação de claro nervosismo e sem o esclarecimento de que se tratava de medida autoincriminatória.

O ponto fulcral da discussão abordou a legitimidade da realização de intervenção corporal tendente a induzir/acelerar a evacuação intestinal do suspeito de ter ingerido cápsulas de drogas ilícitas, onde, após averiguação prévia por meio de radiografia, foi ministrado por profissional médico um enema e compelido vexatoriamente a sentar em vaso sanitário até evacuar as cápsulas de cocaína, havendo informações de que o indivíduo resistiu ao máximo, fazendo notória força para não evacuar.

Assim, entendeu não haver violação ao direito a não autoincriminação, primeiramente pela existência de consentimento do indivíduo, e principalmente, por considerar que tal medida apenas antecipou o inevitável, qual seja, a evacuação intestinal que ocorreria naturalmente, sendo este o entendimento majoritário da Corte Suprema de Justiça da Nação.¹²⁵

Na mesma linha, no entanto, exigindo-se autorização judicial para a realização de intervenções corporais para submissão do indivíduo a evacuação intestinal coercitiva, verifica-se o caso C. 36814 - *Godson, Okafor- Simón, Jude s/tráfico de entorpecentes*- CNPE - Sala B -02/09/1996 (TAPIA, 2011, p. 44); e o

¹²⁵“Em decisão dividida a Câmara confirmou. O vocal pré-opinante sustentou que não era necessária nenhuma advertência prévia ao processado, posto que com sua vontade ‘só se antecipou o que a natureza cumpriria de toda maneira, e que em todos os casos daria como inexorável resultado a expulsão das cápsulas em questão’. Com base nisso entendeu que não existia violação ao princípio constitucional de que ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo. Esta garantia, argumentou, se baseia na invalidação de qualquer meio coercitivo que vença a vontade do indivíduo de manter silêncio, mas no caso ‘a vontade do processado [...] não poderia evitar de modo algum que tarde ou cedo a natureza culmine evacuando o conteúdo de sua cavidade intestinal, pois dito processo não se encontra dirigido pelo ser humano, e inexoravelmente ocorrerá em algum momento para além da própria vontade’.” (CARRIO, 1994, p. 316, tradução nossa). “*En fallo dividido la Cámara confirmó. El vocal preopinante sostuvo que no era necesaria ninguna advertencia previa al procesado, puesto que con su voluntad ‘sólo se anticipó lo que la naturaleza cumpliría de todas maneras, y que en todos los casos daría como inexorable resultado la expulsión de las cápsulas en cuestión’. En base a ello entendió que no existía violación al principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Esta garantía, argumentó, se basa en la invalidación de cualquier medio coercitivo que venza la voluntad del individuo de mantener silencio, pero en el caso ‘la voluntad del procesado [...] no podría evitar en modo alguno que tarde o temprano la naturaleza culmine evacuando el contenido de su cavidad intestinal, pues dicho proceso no se encuentra dirigido por el ser humano, e inexorablemente ocurrirá en algún momento más allá de la propia voluntad’.*”

caso *Jonkers de Sambo*¹²⁶ da Câmara Nacional de Cassação Penal, que demonstrou evolução jurisprudencial exigindo duplo controle judicial, primeiro para determinar a submissão do sujeito passivo a exame radiográfico, e por fim, para submetê-lo à ingestão/aplicação de enema para antecipar/forçar a evacuação intestinal.¹²⁷

Por derradeiro, denota-se que a jurisprudência argentina, tal quais os ordenamentos europeus já analisados, utiliza-se do princípio da proporcionalidade e dos subprincípios da adequação, necessidade e ponderação de valores (proporcionalidade em sentido estrito) para solucionar a situação de conflitância entre princípios e direitos fundamentais.

2.2.2 Uruguai

No ordenamento jurídico uruguaio o direito a não autoincriminação possui reconhecimento implícito no art. 20 da Constituição da República Oriental do Uruguai, ao estabelecer que nenhum acusado será submetido a juramento de dizer a verdade em seu depoimento ou interrogatório, estabelecendo assim, a primeira

¹²⁶“A critério da Câmara Nacional de Cassação Penal, o procedimento descrito, que culminou com o sequestro da droga havida no interior do corpo de Jonkers de Sambo, se levou a cabo de forma regular, a partir da existência da ordem judicial expedida pela autoridade competente. Se valorou que a extração de placas radiográficas teve por único objeto dar cumprimento à requisição pessoal (art. 230 do C.P.P.N.) Se afirmou que para além de todas as contingências ocorridas para a obtenção do material sequestrado, ao mesmo resultado se haveria chegado por império das próprias necessidades fisiológicas da encartada. Se ponderou que a autoridade pública não requereu da imputada uma ativa cooperação em contribuir com provas incriminatórias, senão que lhe proporcionou a assistência médica que lhe permitiu expulsar as cápsulas com substâncias entorpecentes que havia ingerido, sem que exista a mínima presunção de que haja existido engano nem muito menos coação que viciara a vontade da processada.” (TAPIA, 2011, tradução nossa). “*A criterio de la Cámara Nacional de Casación Penal, el procedimiento descrito, que culminó con el secuestro de la droga habida en el interior del cuerpo de Jonkers de Sambo, se llevó a cabo en forma regular, a partir de la existencia de la orden judicial expedida por la autoridad competente. Se valoró que la extracción de placas radiográficas tuvo por único objeto dar cumplimiento con la requisita personal (art. 230 del C.P.P.N.) Se afirmó que más allá de todas las contingencias acaecidas para la obtención del material sequestrado, al mismo resultado se habría llegado por imperio de las propias necesidades fisiológicas de la encartada. Se ponderó que la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica que le permitió expulsar las cápsulas consustancias estupefacientes que había ingerido, sin que exista la más mínima presunción de que haya existido engaño ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada.*”

¹²⁷ Acerca de tais julgados afirma Tapia: “Se bem reconhecemos que ‘Godson-Simon’ e ‘Jonkers de Sambo’ implicarão um avanço a respeito do critério sustentado em ‘Juanito Alvarez’, já que se estabelecem mecanismos de controle jurisdicional para proceder às ingerências corporais, discrepamos na solução alocada àqueles casos. Participamos da opinião que as intervenções corporais que pretendem a evacuação compulsiva de elementos de valor probatório do organismo do imputado, resultam inadmissíveis.” (TAPIA, 2011, tradução nossa). “*Si bien reconocemos que ‘Godson-Simon’ y ‘Jonkers de Sambo’ implicaron un avance respecto del criterio sostenido en ‘Juanito Alvarez’, ya que se establecen mecanismos de control jurisdiccional para proceder a las injerencias corporales, discrepamos en la solución asignada a aquellos casos. Participamos de la opinión que las intervenciones corporales que pretenden la evacuación compulsiva de elementos de valor probatorio del organismo del imputado, resultan inadmisibles.*”

veste do *nemo tenetur se detegere* consistente no direito de não ser compelido por juramento a fazer declarações autoincrimatórias.¹²⁸

Assegura assim, o direito de silêncio em relação a perguntas cujas respostas possam levar à autoincriminação do indivíduo, consagrando, ainda que implicitamente, o *nemo tenetur se detegere* no direito uruguaio.

Na seara infraconstitucional o antigo *Código del Proceso Penal* uruguaio previa o direito a não autoincriminação no art. 126, ao estabelecer a indispensabilidade do interrogatório do acusado na etapa *Del Sumario*, bem como, da advertência de não ser obrigado a declarar, devendo constar formalmente tal direito.¹²⁹

Na mesma esteira era o disposto no art. 185 do mesmo diploma legal que vedava expressamente qualquer forma de coação ou imposição de juramento de dizer a verdade sobre o imputado para obter declarações autoincrimatórias.¹³⁰

Não obstante o reconhecimento constitucional e infraconstitucional do direito a não autoincriminação, o processo penal uruguaio previa a possibilidade de medidas incidentes sobre o organismo humano nos artigos 176 e 177 do Código de Processo Penal de 07 de julho de 1980, consistentes em inspeções corporais e mentais sobre o suspeito/acusado ou terceiros, bem como, em comprovações sobre

¹²⁸“Artigo 20.- Ficam abolidos os juramentos dos acusados em suas declarações ou confissões, sobre fato próprio; e proibido que sejam tratados nelas como réus.”(URUGUAI, 1996, tradução nossa). “*Artículo 20.- Quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio; y prohibido el que sean tratados en ellas como reos.*”

¹²⁹“Artigo 126. (Requisito indispensável para o processamento).- Em nenhum caso poderá decretar-se o processamento sem prévio interrogatório do indagado ou sem que conste formalmente sua negativa a declarar. Que o interrogatório se praticará na presença do Defensor se o indagado o solicitar, em cujo caso deverá intimar-se previamente sua designação sob previsão de ter-se por designado de ofício. Aos efeitos de que o Defensor designado possa prestar sua aceitação ao cargo e comparecer, poderá suspender a audiência por vinte e quatro horas. O Ministério Público e o Defensor poderão formular reperguntas e solicitar as retificações que considerem necessárias para conservar a fidelidade e exatidão do declarado.” (URUGUAI, 1996, tradução nossa). “*Artículo 126. (Requisito indispensable para el procesamiento).- En ningún caso podrá decretarse el procesamiento sin previo interrogatorio del indagado o sin que conste formalmente su negativa a declarar. Dicho interrogatorio se practicará en presencia del Defensor si el indagado lo solicitase, en cuyo caso deberá intimarse previamente su designación bajo apercibimiento de tenerse le por designado al de oficio que corresponda. A efectos de que el Defensor designado pueda prestar su aceptación al cargo y comparecer, podrá suspenderse la audiencia por veinte cuatro horas. El Ministerio Público y el Defensor podrán formular repreguntas y solicitar las rectificaciones que consideren necesarias para conservar la fidelidad y exactitud de lo declarado.*”

¹³⁰“Artigo 185. (Proibição de coagir)- Em nenhum caso se imporá ao imputado ou procesado, juramento nem promessa de dizer a verdade (Artigo 20 da Constituição da República). Tampouco se poderá empregar contra ele gênero algum de coação, ameaças ou promessas.” (URUGUAI, 1996, tradução nossa). “*Artículo 185. (Prohibición de coaccionar).- En ningún caso se impondrá al imputado o procesado, juramento ni promesa de decir verdad (Artículo 20 de la Constitución de la República). Tampoco se podrá emplear contra él género alguno de coacción, amenazas o promesas*”.

intoxicação, utilizando das medidas necessárias para determinação do grau de intoxicação.¹³¹

Com a entrada em vigor do novo *Código del Proceso Penal* uruguaio de 02 de dezembro de 1997, o direito a não autoincriminação foi reconhecido expressamente em vários dispositivos legais, como o art. 3º que estabelece o dever de tratar qualquer pessoa envolvida no processo, em especial, o suspeito/acusado com o necessário respeito à dignidade inerente ao ser humano.¹³²

Na mesma linha os artigos 53, 56 e 57, estabelecem expressamente a possibilidade de recusa em declarar, isto é, de não responder às perguntas que lhe forem feitas, devendo tal direito ser esclarecido previamente ao indivíduo, assegurando a indispensabilidade da presença de defensor e representante do Ministério Público, sob pena de nulidade do ato.

¹³¹“Artigo 176. (Inspeção corporal e mental)- O Juiz, quando o considere necessário, pode dispor a inspeção corporal e mental do imputado. Pode dispor também igual medida sobre outra pessoa, em casos de grave e fundada suspeita ou de real necessidade. A inspeção se praticará com o auxílio de peritos, sempre que se requieram conhecimentos especiais. Artigo 177. (Comprovações sobre intoxicação).- Quando houverem suspeitas ou indícios de que o imputado atuou em estado de embriaguez ou em qualquer outro que suponha alteração física ou psíquica, o Juiz poderá submetê-lo às verificações que estime necessárias para determinar seu possível grau de intoxicação. De igual forma procederá com o sujeito passivo do delito se considera que isso pode resultar útil para as ulterioridades do processo.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “Artículo 176. (Inspección corporal y mental) - El Juez, cuando lo considere necesario, puede disponer la inspección corporal y mental del imputado. Puede disponer también igual medida sobre otra persona, en casos de grave y fundada sospecha o de real necesidad. La inspección se practicará con el auxilio de peritos, siempre que se requieran conocimientos especiales. Artículo 177. (Comprobaciones sobre intoxicación).- Cuando medien sospechas o indicios de que el imputado actuó en estado de embriaguez o en cualquier otro que suponga alteración física o síquica, el Juez podrá someter lo a las verificaciones que estime necesarias para determinar su posible grado de intoxicación. En igual forma procederá con el sujeto pasivo del delito si considera que ello puede resultar útil para las ulterioridades del proceso.”

¹³²“Artigo 3º.- (Reconhecimento da dignidade humana).- Toda pessoa, qualquer que seja sua posição no processo, e em particular aquela a quem se atribua um delito, deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “Artículo 3º - (Reconocimiento de la dignidad humana).- Toda persona, cualquiera sea su posición en el proceso, y en particular aquélla a quien se atribuya un delito, debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Além da proibição de imposição de juramento ou promessa de dizer a verdade, ou de emprego de métodos violentos, enganosos, psicofármacos, físicos ou químicos que interfiram na liberdade de declaração ou consciência do cidadão.¹³³

Em que pese o amplo reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* no direito uruguaio, assegurando ao cidadão o direito de não declarar e de não ser submetido a quaisquer formas de juramento ou coação física ou psicológica, denota-se que o atual Código de Processo Penal prevê expressamente a possibilidade de emprego de medidas incidentes sobre o corpo do imputado ou de terceiros.

Assim sendo, verifica-se que o art. 146¹³⁴ permite o registro pessoal nos casos em que haja motivos suficientes para presumir que o imputado oculta sob suas vestes ou sobre a superfície de seu corpo coisas relacionadas com o delito, hipótese em que o magistrado poderá determinar que o indivíduo seja conduzido à sua presença e efetuado o registro (revista) pessoal, antecedido de requerimento da autoridade para que as apresente espontaneamente.

¹³³“Artigo 53.- (Comparecimento). 53.1.- Todo imputado será convocado ou conduzido sem demora ante o Tribunal competente a prestar declaração ou manifestar sua negativa a declarar. 53.2.- Toda pessoa que se considere imputado tem direito a comparecer ante o Tribunal competente a fim de que lhe receba declaração sem demora. 53.3.- A declaração ou manifestação negativa do imputado deverão ser prestadas necessariamente na presença e com a intervenção do defensor e do Fiscal, sem cujo requisito serão absolutamente nulas. Artigo 56.- (Requisito prévio).- Antes de receber a declaração do imputado, o Tribunal comunicará o fato que lhe atribui e suas circunstâncias e lhe informará sobre seu direito a não declarar. Artigo 57.- (Regras gerais da declaração do imputado). 57.1.- Em nenhum caso se imporá ao imputado juramento ou promessa de dizer a verdade nem se poderá empregar gênero algum de coação, ameaças ou promessas. 57.2.- A declaração do imputado será recebida livre em sua pessoa e em condições de trato e ambiente respeitosos. Estão proibidos a violência, o engano, a administração de psicofármacos e qualquer outro meio físico, químico ou de outra natureza que prejudique a liberdade de decisão do imputado, sua memória ou sua capacidade de compreensão e direção de seus atos. [...]” (URUGUAI, 1997, tradução nossa).“Artículo 53.- (Comparecencia). 53.1.- Todo imputado será convocado o conducido sin demora ante el Tribunal competente a prestar declaración o manifestar su negativa a declarar. 53.2.- Toda persona que se considere imputado tiene derecho a comparecer ante el Tribunal competente a fin de que le reciba declaración sin demora. 53.3.- La declaración o manifestación negativa del imputado deberán ser prestadas necesariamente en presencia y con la intervención del defensor y del Fiscal, sin cuyo requisito serán absolutamente nulas. Artículo 56.- (Requisito previo).- Antes de recibir la declaración del imputado, el Tribunal le comunicará el hecho que se le atribuye y sus circunstancias y le informará sobre su derecho a no declarar. Artículo 57.- (Reglas generales de la declaración del imputado). 57.1.- En ningún caso se impondrá al imputado juramento o promesa de decir verdad ni se podrá emplear contra él género alguno de coacción, amenazas o promesas. 57.2.- La declaración del imputado será recibida libre en su persona y en condiciones de trato y ambiente respetuosos. Están prohibidos la violencia, el engaño, la administración de psicofármacos y cualquier otro medio físico, químico o de otra naturaleza que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de sus actos. [...]”

¹³⁴“Artigo 146.- (Registro pessoal).- Se há motivos suficientes para presumir que o imputado oculta em suas roupas ou em seu corpo coisas relacionadas com o delito, o Tribunal poderá ordenar o registro em sua presença, prévio requerimento a exhibir-las.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa).“Artículo 146.- (Registro personal).- Si hay motivos suficientes para presumir que el imputado oculta en sus ropas o en su cuerpo cosas relacionadas con el delito, el Tribunal podrá ordenar el registro en su presencia, previo requerimiento a exhibirlas.”

Já o artigo 147¹³⁵ prevê a possibilidade de realização de exames corporais ou mentais sobre o imputado ou terceiros, quando verificada a real necessidade da medida, sempre por ordem judicial e com o auxílio de peritos, sempre que tais medidas requererem conhecimentos técnicos especiais.

Quanto às intervenções corporais propriamente ditas, denota-se disposição expressa no art. 148¹³⁶, ao possibilitar a utilização excepcional de provas corporais como extração de sangue, sêmen, amostras de pelo ou cabelo do imputado, quando tais medidas mostrarem-se importantes ao convencimento do juízo e desde que precedidas de expresse consentimento do sujeito passivo da medida.

O epigrafado dispositivo legal ainda determina a obrigatoriedade de realização de tais medidas por perito médico e dentro das regras da ciência médica, sendo certo que, no direito uruguaio não se admite a submissão compulsória do indivíduo à medidas que importem em invasão ao seu organismo, devendo ser cientificado antecipadamente de tal direito de recusa, sob pena de nulidade do ato, onde, em caso de recusa, ocorrerá uma presunção desfavorável ao acusado.

Nesse sentido afirma Marteleto Filho:

No Uruguai, o artigo 148 do Código de Processo Penal autoriza, excepcionalmente, a coleta de provas corporais do imputado, tal como a extração de sangue, sêmen, pelo ou cabelo, desde que haja consentimento. Não havendo consentimento, dá-se lugar a uma presunção negativa, que poderá ser valorada pelo juiz, devendo o réu ser advertido da inferência adversa. Não se admite, contudo, a coleta coativa. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 136).

¹³⁵“Artigo 147.- (Exame corporal ou mental).- Poderá dispor-se o exame corporal e mental do imputado e de outras pessoas, em casos de real necessidade. A inspeção se praticará com o auxílio de peritos, sempre que se requeiram conhecimentos especiais.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “*Artículo 147.- (Examen corporal o mental).- Podrá disponerse el examen corporal y mental del imputado y de toda otra persona, en casos de real necesidad. La inspección se practicará con el auxilio de peritos, siempre que se requieran conocimientos especiales.*”

¹³⁶“Artigo 148.- (Provas corporais).- Poderá excepcionalmente dispor-se provas corporais do imputado, como extração de sangue, sêmem, amostra de pelo ou cabelos, para comprovar circunstâncias de importância para o juízo, sempre que aquele preste seu consentimento. Ditas operações serão efetuadas por perito, de acordo com as regras médicas. A negativa do imputado em tal sentido, dará lugar a uma presunção simples, na contramão de seu interesse, da qual deverá ser advertido pelo Tribunal no ato de requerir-lhe a conformidade para a realização da prova.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “*Artículo 148.- (Pruebas corporales).- Podrá excepcionalmente disponerse pruebas corporales del imputado, como extracción de sangre, semen, muestra de piel o cabellos, para comprobar circunstancias de importancia para el juicio, siempre que aquél preste su consentimiento. Dichas operaciones serán efectuadas por perito, de acuerdo con las reglas médicas. La negativa del imputado en tal sentido, dará lugar a una presunción simple, en contra de su interés, de lo cual deberá ser advertido por el Tribunal en el acto de requerírsele la conformidad para la realización de la prueba.*”

Prosseguindo, o artigo 149¹³⁷ estabelece a garantia de que as medidas descritas anteriormente e que incidam sobre o organismo humano (registros corporais e intervenções corporais em sentido estrito) deverão ser acompanhadas pelo defensor do imputado e por pessoa de sua confiança, no último caso, desde que tal acompanhamento seja rapidamente obtido, bem como, que lhe seja advertido previamente ao ato, de seus direitos e da obrigatoriedade de respeito ao seu pudor, na medida do possível.

Por derradeiro, o artigo 150¹³⁸ estabelece ainda, a possibilidade de determinação judicial das medidas de registros corporais, exames físicos ou mentais e intervenções corporais em face de pessoas que não figurem no pólo passivo da ação penal, quando demonstrada a real necessidade da medida e com observância das determinações previstas nos artigos 146, 147, 148 e 149 do mesmo diploma legal.

Destarte, no direito uruguaio o direito à não autoincriminação possui reconhecimento implícito na Constituição da República Oriental do Uruguai e explícito no *Código del Proceso Penal*, admitindo-se, entretanto, medidas que incidem sobre o organismo do imputado e de terceiros estranhos ao processo (registros corporais, exames físicos e mentais, e intervenções corporais em sentido estrito), seguindo a tendência dos já mencionados ordenamentos europeus e sul-americanos, com uma peculiaridade, a impossibilidade de submissão coercitiva do indivíduo a tais medidas, aplicando-se em caso de recusa, uma presunção negativa em face do mesmo.¹³⁹

¹³⁷“Artigo 149.- (Garantias).- Nos casos dos três artigos anteriores, a diligência será realizada na presença do defensor ou de outra pessoa de confiança do imputado, sempre que for rapidamente localizada. Previamente ao início do ato, o imputado será advertido de seus direitos e seu pudor será respeitado na medida do possível.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “*Artículo 149.- (Garantías).- En los casos de los tres artículos anteriores, la diligencia será desarrollada en presencia del defensor o de otra persona de confianza del imputado, siempre que fuere rápidamente ubicable. Previamente al inicio del acto, el imputado será advertido de sus derechos y su pudor será respetado en la medida de lo posible.*”

¹³⁸“Artigo 150.- (Pessoas não imputadas).- O Tribunal poderá dispor o registro, exame e provas corporais ou mentais de pessoas não imputadas no processo só em caso de real necessidade, em cujo suposto se seguirão as regras estabelecidas no artigo anteriores, no pertinente.” (URUGUAI, 1997, tradução nossa). “*Artículo 150.- (Personas no imputadas).- El Tribunal podrá disponer el registro, examen y pruebas corporales o mentales de personas no imputadas en el proceso sólo en caso de real necesidad, en cuyo supuesto se seguirán las reglas establecidas en los artículo anteriores, en lo pertinente.*”

¹³⁹ Nesse sentido, Marteleto Filho afirma: “Verifica-se, portanto, a tendência, na maioria dos ordenamentos sul-americanos pesquisados, de se permitir as intervenções corporais coercitivas, mediante autorização judicial, trabalhando-se, também, com critérios de presunção desfavorável nas hipóteses em que a coerção é vedada e ocorra recusa do sujeito passivo em se submeter aos exames (Uruguai).” (2012, p. 136).

2.2.3 Colômbia

No direito colombiano o *nemo tenetur se detegere* possui expressa previsão no texto constitucional, estando previsto no art. 33¹⁴⁰ da Constituição Política da Colômbia, em sua faceta inicial de direito a não prestar declarações autoincriminatórias, bem como, reconhecimento implícito junto aos artigos 1º¹⁴¹, 12¹⁴², 15¹⁴³ e 29¹⁴⁴, que preveem, respectivamente, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura ou outro tratamento cruel, degradante ou desumano, o direito à intimidade pessoal, e o direito ao devido processo legal.

Nesse sentido, traz-se à baila o magistério de Nisimblat:

O princípio da não autoincriminação se encontra consagrado no artigo 33 da Constituição Nacional, assim como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 (Arts. 8 e 14) e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º), ambos validamente ratificados pela Colômbia.

Segundo este princípio, ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade, segundo de afinidade ou primeiro civil.

¹⁴⁰“Artigo 33. Ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade, segundo de afinidade ou primeiro civil.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa). “*Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*”

¹⁴¹“Artigo 1º. Colômbia é um Estado social de direito, organizado em forma de República unitária, descentralizada, com autonomia de suas entidades territoriais, democrática, participativa e pluralista, fundada no respeito da dignidade humana, no trabalho e na solidariedade das pessoas que a integram e na prevalência do interesse geral.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa). “*Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*”

¹⁴²“Artigo 12. Ninguém será submetido a desaparecimento forçado, a torturas nem a tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa). “*Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*”

¹⁴³“Artigo 15. Todas as pessoas têm direito a sua intimidade pessoal e familiar e a seu bom nome, e o Estado deve respeitá-los e fazer-los respeitar. De igual modo, têm direito a conhecer, atualizar e retificar as informações que se tenham recolhido sobre elas em bancos de dados e em arquivos de entidades públicas e privadas.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa). “*Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*”

¹⁴⁴“Artigo 29. O devido processo se aplicará a toda classe de atuações judiciais e administrativas.” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa). “*Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*”

A jurisprudência da Corte tem definido os casos em que a pessoa tem direito a guardar silêncio, já que, dependendo da normatividade que regule o processo e a natureza do assunto, sua aplicação tem condicionantes. (NISIMBLAT, 2011, p. 35-36, tradução nossa).¹⁴⁵

No mesmo sentido é o posicionamento de Sierra, em comentário à sentença C-1287 de 2001 da Corte Constitucional da Colômbia:

As exceções ao dever de declarar estão reguladas na Constituição e na lei. O artigo 33 da carta política dispõe que “ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade, segundo de afinidade ou primeiro civil”. Este artigo está relacionado com aspectos constitucionais de grande transcendência, como bem o explica a Corte Constitucional na sentença C-1287 de 2001:

Em primeiro lugar, o alto tribunal ressalta que este direito tem relação com o processo de humanização do exercício da ação penal, se se tem em conta que “em desenvolvimento e aplicação da primazia da dignidade humana, o moderno direito penal, abandonando definitivamente os métodos de averiguação da verdade que prescindindo deste conceito admitiam qualquer forma de chegar a ela, prescreve as pressões exercidas sobre os acusados ou seus familiares, que sob a coerção do juramento ou qualquer outra forma de intimidação moral, conduzam o declarante a confessar seu delito ou a delatar aqueles com quem está unido por vínculos muito próximos de parentesco”. (SIERRA, 2008, p. 65-66, tradução nossa).¹⁴⁶

¹⁴⁵ “El principio de no autoincriminación se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 (Arts. 8 y 14) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 8º), ambos válidamente ratificados por Colombia. Según este principio, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La jurisprudencia de la Corte ha definido los casos en que la persona tiene derecho a guardar silencio, ya que, dependiendo de la normatividad que regule el proceso y la naturaleza del asunto, su aplicación tiene condicionantes.”

¹⁴⁶ “Las excepciones al deber de declarar están reguladas en la Constitución y en la ley. El artículo 33 de la carta política dispone que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. Este artículo está relacionado con aspectos constitucionales de gran trascendencia, como bien lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-1287 de 2001: En primer lugar, el alto tribunal resalta que este derecho tiene relación con el proceso de humanización del ejercicio de la acción penal, si se tiene en cuenta que “en desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco”.

Na seara infraconstitucional, denota-se que o Código de Processo Penal colombiano assegura o direito de defesa ao imputado em seu art. 8º¹⁴⁷, ao estabelecer expressamente que o imputado não será obrigado a declarar contra si mesmo, vedando-se a autoincriminação deste e de seus familiares, e que tal negativa a declarar (silêncio) não será interpretada em seu desfavor.

Verifica-se do supracitado dispositivo legal a peculiaridade do imputado poder renunciar ao direito de não se autoincriminar, sempre e quando se tratar de uma manifestação livre, consciente, voluntária e devidamente esclarecida ao mesmo; bem como, de abdicar da garantia de não ter seu silêncio interpretado em desfavor de sua defesa, após orientar-se com seu defensor.

O direito de não declarar (silêncio) e de não ter interpretado em desfavor de sua defesa tal negativa, ainda encontra-se expressamente assegurado no Código de Processo Penal colombiano junto aos artigos 282¹⁴⁸, 303¹⁴⁹ e 385¹⁵⁰, que tratam,

¹⁴⁷“Artigo 8º. Defensa. Em desenvolvimento da atuação, uma vez adquirida a condição de imputado, este terá direito, em plena igualdade a respeito do órgão de persecução penal, no que aplica a: a) Não ser obrigado a declarar contra si mesmo nem contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou civil, ou segundo de afinidade; b) Não autoincriminar-se nem incriminar a seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou civil, ou segundo de afinidade; c) Não se utilize o silêncio contra ele; ... l) Renunciar aos direitos contemplados nas letras b) e k) sempre e quando se trate de uma manifestação livre, consciente, voluntária e devidamente informada. No evento das letras c) e j) requererá sempre o assessoramento de seu advogado defensor.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “*Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; c) No se utilice el silencio en su contra; [...] l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.*”

¹⁴⁸“Artigo 282. Interrogatório ao indiciado. O fiscal ou o servidor da polícia judicial, segundo o caso, que tiver motivos fundados de acordo com os meios cognitivos previstos neste código, para inferir que uma pessoa é autora ou partícipe da conduta que se investiga, sem fazer-lhe imputação alguma, lhe dará a conhecer que tem direito a guardar silêncio e que não está obrigado a declarar contra si mesmo nem contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou civil, ou segundo de afinidade. Se o indiciado não faz uso de seus direitos e manifesta seu desejo de declarar, se poderá interrogar na presença de um advogado.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “*Artículo 282. Interrogatorio a indiciado. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra si mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.*”

respectivamente, do interrogatório do indiciado, dos direitos do preso, e das exceções constitucionais ao dever de testemunhar.

Ainda nos artigos 1º e 14 do Código de Processo Penal, verifica-se reconhecimento implícito do direito a não autoincriminação quando estabelece, respectivamente, o devido respeito à dignidade humana e à intimidade do cidadão.

Não obstante ao reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* tanto em sede constitucional quanto infraconstitucional, o direito colombiano admite a utilização de medidas incidentes sobre o corpo do imputado consistentes em intervenções corporais¹⁵¹, que se especificam em inspeções corporais, registros corporais e as intervenções corporais em sentido estrito para obtenção de amostras e fluídos corporais.

Quanto à mencionada classificação das medidas incidentes sobre o corpo humano, verifica-se a adotada pela Corte Constitucional da República da Colômbia e exposta por Puentes:

A Corte Constitucional anota que dentro deste conjunto de medidas se encontram “(i) o registro corporal, entendido de maneira geral como a exploração da superfície do corpo, ou sob a vestimenta da pessoa para buscar coisas sujeitas ao corpo mediante adesivos; (ii) a inspeção corporal, que se emprega para examinar os orifícios corporais naturais (boca, ânus, vagina, etc.) e o interior do corpo da pessoa afetada, quando o objeto buscado tenha sido engolido ou ocultado no interior de tais orifícios; e (iii) a obtenção de amostras íntimas, tais como sêmen, sangue, saliva, cabelos, etc.”. (Sentença C-822 de 2005). (PUENTES, 2008, p. 145, tradução nossa).¹⁵²

¹⁴⁹“Artigo 303. Direitos do preso. Ao preso se informará de maneira imediata o seguinte: ... 3. Do direito que tem a guardar silêncio, que as manifestações que faça poderão ser usadas contra si e que não está obrigado a declarar contra seu cônjuge, companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou civil, ou segundo de afinidade.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “Artículo 303. Derechos del capturado. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente: [...] 3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”

¹⁵⁰“Artigo 385. Exceções constitucionais. Ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo ou contra seu cônjuge, companheira ou companheiro permanente ou parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou civil, ou segundo de afinidade.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “Artículo 385. Excepciones constitucionales. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”

¹⁵¹Adotada tal terminologia pela Corte Constitucional da Colômbia na Sentencia T-690 de 2004.

¹⁵²“La Corte Constitucional anota que dentro de este conjunto de medidas se encuentran “(i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orifícios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orifícios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc.”. (Sentencia C-822 de 2005).”

Assim, verifica-se que o Código de Processo Penal colombiano admite o emprego de tais medidas expressamente dispostas nos artigos 247¹⁵³, 248¹⁵⁴ e 249¹⁵⁵, incidentes sobre o imputado ou demais pessoas relacionadas ao fato investigado, devendo, em todo o caso, ser precedidas de ordem judicial do magistrado de controle de garantias, conforme artigo 246 do CPP colombiano, já que violadoras de direitos e garantias fundamentais.

¹⁵³“Artigo 247. Inspeção corporal. Quando o Fiscal Geral, ou o fiscal tenham motivos razoavelmente fundados, de acordo com os meios cognitivos previstos neste código, para crer que, no corpo do imputado existem elementos materiais probatórios e evidência física necessários para a investigação, poderá ordenar a inspeção corporal de tal pessoa. Nesta diligência deverá estar presente o defensor e se observará toda classe de considerações compatíveis com a dignidade humana.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “*Artículo 247. Inspección corporal. Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana.*”

¹⁵⁴“Artigo 248. Registro pessoal. Sem prejuízo dos procedimentos preventivos que adotam a força pública em cumprimento de seu dever constitucional, e salvo que se trate de registro incidental à captura, realizado por ocasião dela, o Fiscal Geral ou seu delegado que tenha motivos razoavelmente fundados, de acordo com meios cognitivos previstos neste código, para inferir que alguma pessoa relacionada com a investigação que realiza está de posse de elementos materiais probatórios e evidência física, poderá ordenar o registro dessa pessoa. Para praticar este registro se designará pessoa do mesmo sexo da que haverá de registrar-se, e se guardarão com ela toda classe de considerações compatíveis com a dignidade humana. Se se tratar do imputado deverá estar assistido por seu defensor.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “*Artículo 248. Registro personal. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, y salvo que se trate de registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el Fiscal General o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona. Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Si se tratare del imputado deberá estar asistido por su defensor.*”

¹⁵⁵“Artigo 249. Obtenção de amostras que violem o imputado. Quando a juízo do fiscal resulte necessário aos fins da investigação, e prévia à realização de audiência de revisão de legalidade ante o juiz de controle de garantias no caso de não existir consentimento do afetado, poderá ordenar à polícia judicial a obtenção de amostras para exame grafotécnico, colheita de fluídos corporais, identificação de voz, impressão dental e de pegadas, em conformidade com as regras seguintes: [...]2. Para a obtenção de amostras de fluídos corporais, cabelos, pelo púbico, pelos, voz, impressão dental e pegadas, se seguirão as regras previstas para os métodos de identificação técnica. Em todo caso, se requererá sempre a presença do defensor do imputado.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “*Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes: [...] 2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica. En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.*”

E tais medidas prescindem do consentimento do sujeito passivo da medida, pelo que se extrai da redação do art. 249 do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, no caso de não existir consentimento do afetado, se a juízo do fiscal (Ministério Público) resultar necessário aos fins da investigação, e previamente à realização de audiência de revisão de legalidade perante o juiz de controle de garantias, este poderá ordenar à polícia judicial a obtenção de amostras para exame grafotécnico, colheita de fluídos corporais, identificação de voz, impressão dentária, desde que praticadas na presença do defensor do acusado/imputado.

Em que pese tal previsão legal, denota-se a existência de discordância entre a doutrina que trata do assunto, no qual Marteleto Filho entende pela possibilidade de realização coercitiva da medida:

Na Colômbia, o artigo 249 do Código de Processo Penal autoriza a obtenção de amostras de fluídos corporais, mesmo sem o consentimento do afetado, mediante autorização do juiz de garantias, sempre que isso resulte necessário para os fins da investigação. A norma prevê que a obtenção da amostra deve se realizar na presença do defensor do imputado. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 135-136).

Em sentido notadamente contrário à imposição por decisão judicial do imputado/acusado à medidas que importem em intervenções corporais em sentido amplo, em caso de dissentimento deste, denota-se posicionamento de Vallejo:

No entanto, a doutrina não compartilha as razões do Tribunal Constitucional e, contrariamente, realça o caráter confessional que pode revestir uma intervenção corporal, cuja eloquência pode exceder a de qualquer testemunho, pois a certeza que oferece um resultado tem um sentido incontestável, ausente no testemunho. cremos que é mais alto o nível de autoincriminação resultante da extração de uma evidência do corpo do imputado que a que se pode obter de um mero testemunho, o qual, ainda nos casos de confissão, requer o respaldo de elementos materiais de prova para a consolidação da responsabilidade. Por isso, diz-se, mereceria maior tutela a informação obtida do próprio corpo que a garantia que tem o imputado de guardar silêncio.

Ao final destas reflexões se teria que concluir que constituiria uma vulneração ao direito de guardar silêncio do imputado a imposição coativa para que permitisse a execução de atos de registro, inspeção e obtenção de amostras de seu corpo. Acaso, se lhe reconhecesse eficácia legítima às intervenções corporais, teriam que estar subordinadas de maneira exclusiva

à vontade colaboradora do indivíduo. (VALLEJO, 2007, p. 516, tradução nossa).¹⁵⁶

Na jurisprudência colombiana verifica-se o *leading case* consubstanciado na Sentença C-822/05, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, onde a cidadã Diana Paola Rubiano Meza buscou o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 247, 248, 249 e 250 do Código de Processo Penal, sem êxito em tal pretensão.

A referida sentença tratou expressamente das medidas incidentes sobre o corpo humano, classificando-as em inspeções corporais, registros corporais e obtenção de amostras do imputado/acusado, bem como, dos critérios e requisitos para a legitimação de tais medidas, em especial, no caso de dissentimento do sujeito passivo, determinando a admissão das mesmas quando precedidas de ordem escrita e fundamentada com supedâneo do juízo de proporcionalidade, do juiz de controle de garantias. Nesse sentido, enfatiza:

OBTENÇÃO DE AMOSTRAS DO IMPUTADO-Limitação do direito à autonomia quando imputado se opõe à realização da medida.

E quanto à limitação do direito à autonomia, a obtenção de amostras corporais que concernem ao imputado, não o afetam quando este dá seu consentimento livre de qualquer coerção e informado sobre as consequências do procedimento. No entanto, se se opõe à realização de tal medida, a incidência sobre seu direito é alta. Neste último caso, a proporcionalidade da medida dependerá de que os interesses jurídicos tutelados e a proteção dos direitos das vítimas pesem mais que o direito do imputado a não ser compelido à obtenção de amostras corporais. Assim, entre maior que seja a importância dos bens jurídicos tutelados penalmente e maior o grau de desproteção em que ficariam as vítimas se se nega a

¹⁵⁶ “Sin embargo, la doctrina no comparte las razones del Tribunal Constitucional y, contrariamente, recalca el carácter confesional que puede revestir una intervención corporal, cuya elocuencia puede rebasar la de cualquier testimonio, pues la certeza que ofrece un resultado tiene un sentido incontrastable, ausente en el testimonio. Creemos que es más alto el nivel de autoincriminación resultante de la extracción de una evidencia del cuerpo del imputado que la que se puede obtener de un mero testimonio, el cual, aun en los casos de confesión, requiere el respaldo de elementos materiales de prueba para la consolidación de la responsabilidad. Por eso, se dice, merecería mayor tutela la información recabada del propio cuerpo que la garantía que tiene el inculpado de guardar silencio. Al filo de estas reflexiones se tendría que concluir que constituiría una vulneración al derecho de guardar silencio del imputado la imposición coactiva para que permitiera la ejecución de actos de registro, inspección y obtención de muestras de su cuerpo. Acaso, si se le reconociera eficacia legítima a las intervenciones corporales, tendrían que estar supeditadas de manera exclusiva a la voluntad colaboradora del individuo.”

obtenção da amostra corporal, a oposição do imputado à realização da medida, pesa menos. (COLÔMBIA, 2005, tradução nossa).¹⁵⁷

Prevê ainda, em seu art. 250¹⁵⁸, o emprego de medidas incidentes sobre o organismo das vítimas de crimes que envolvam agressão sexual ou dano a integridade física para levantamento e obtenção de elementos probatórios, consistentes em extração de sangue, amostras de fluídos corporais, sêmen e outros mais, desde que não haja risco à saúde do sujeito passivo da medida, devendo ser precedida de expresso consentimento da vítima ou de seu representante legal, em caso de menoridade ou incapacidade daquela.

Em caso de dissentimento da vítima ou de seu representante legal, estabelece a necessidade de encaminhar o caso ao juiz de controle de garantias

¹⁵⁷ “OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO-Limitación del derecho a la autonomía cuando imputado se opone a la realización de la medida. En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas.”

¹⁵⁸ “Artigo 250. Procedimento em caso de lesionados ou de vítimas de agressões sexuais. Quando se trate de investigações relacionadas com a liberdade sexual, a integridade corporal ou qualquer outro delito onde resulte necessária a prática de reconhecimento e exames físicos das vítimas, tais como extrações de sangue, tomada de amostras de fluídos corporais, sêmen ou outros análogos, e não tiver perigo de menoscabo para sua saúde, a polícia judicial requererá o auxílio do perito forense a fim de realizar o reconhecimento ou exame respectivos. Em todo caso, deverá obter-se o consentimento escrito da vítima ou de seu representante legal quando for menor ou incapaz e se estes não o prestarem, lhes explicará a importância que tem para a investigação e as consequências prováveis que se derivariam da impossibilidade de praticá-los. De perseverar em sua negativa se socorrerá do juiz de controle de garantias para que fixe os condicionamentos dentro dos quais deve efetuar-se a inspeção. O reconhecimento ou exame se realizará em um lugar adequado, preferivelmente no Instituto de Medicina Legal e Ciências Forenses ou, em sua falta, em um estabelecimento de saúde.” (COLÔMBIA, 2004, tradução nossa). “Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos. En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al juez de control de garantías para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección. El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.”

para que fixe os condicionamentos dentro dos quais deverá efetuar-se a inspeção, por meio de decisão escrita e fundamentada.

Nesse diapasão, o entendimento firmado pela Corte Constitucional da Colômbia é no sentido de que, não havendo expresse consentimento do sujeito passivo da medida, a intervenção corporal em sentido amplo (inspeção corporal, registro corporal ou obtenção de amostras corporais), deve ser previamente revista pelo juiz de controle de garantias, e caso entenda necessária, determinada a realização coativa, sempre com observância ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação/idoneidade, necessidade e ponderação de valores (proporcionalidade em sentido estrito).

Portanto, o ordenamento jurídico colombiano, não obstante reconheça explicitamente o direito a não autoincriminação tanto em sede constitucional quanto infraconstitucional, admite o emprego de medidas incidentes sobre o corpo do imputado, da vítima ou de terceiros, sempre precedidas de ordem escrita e fundamentada do juiz de controle de garantias, e em caso de dissentimento, tais medidas deverão ser reexaminadas pelo magistrado, e caso entenda necessárias, determinada a realização coercitiva com respeito à segurança, higiene,

confiabilidade e dignidade, por profissional habilitado e com acompanhamento do defensor do acusado/imputado.¹⁵⁹

2.2.4 Chile

No direito chileno o *nemo tenetur se detegere* possui expressa previsão, tanto na seara constitucional quanto na infraconstitucional, sendo certo que a Constituição Política da República do Chile estabelece em seu art. 19, inciso 7, “f”, o direito do imputado/acusado de não declarar sob juramento de dizer a verdade, estendendo tal direito a terceiros, quando ascendentes, descendentes, cônjuges e nos demais

¹⁵⁹“OBTENÇÃO DE AMOSTRAS DO IMPUTADO- Não desconhece o direito à não autoincriminação nem o princípio da presunção de inocência. OBTENÇÃO DE AMOSTRAS DO IMPUTADO- Condições para a prática. Dado que o artigo 249 sob estudo é, em abstrato, idôneo, necessário, e proporcional, a Corte Constitucional declarará sua exequibilidade, em relação com os cargos examinados, no entendido de que: a) a obtenção de amostras requer autorização prévia do juiz de controle de garantias, o qual ponderará a solicitação do fiscal, ou da polícia judicial em circunstâncias excepcionais que mereçam extrema urgência, para determinar se a medida específica é ou não pertinente e, de sê-lo, se também é idônea, necessária e proporcionada nas condições particulares do caso; b) a obtenção de amostras sempre se realizará em condições de segurança, higiene, confiabilidade, e humanidade para o imputado, nos termos do apartado 5.4.2.5 desta sentença. Corresponderá aos juizes de controle de garantias, em cada caso concreto, velar para que na prática da obtenção de amostras do imputado se respeitem estes princípios. De conformidade com o anterior, o juiz de controle de garantias poderá autorizar sua prática ou negar-se a ceder à solicitação do Fiscal, depois de examinar (i) a pertinência da medida no caso concreto, e (ii) as condições particulares de sua prática, a fim de determinar se a obtenção de amostras solicitada é adequada para alcançar os fins da investigação (idoneidade); se não existe um meio alternativo que seja menos limitativo dos direitos e que tenha eficácia semelhante (necessidade); e se a medida não é desproporcionada (proporcionalidade), depois de ponderar a gravidade do delito investigado e as condições nas quais este foi cometido, de um lado, e o grau de afetação dos direitos do imputado pela obtenção de amostras corporais.” (COLÔMBIA, 2005, tradução nossa). “OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO- No desconoce el derecho a la no autoincrimación ni el principio de presunción de inocência. OBTENCION DE MUESTRAS DEL IMPUTADO- Condiciones para la práctica. Dado que el artículo 249 bajo estudio es, en abstracto, idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que: a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia. Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la obtención de muestras del imputado se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud del Fiscal, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos del imputado por la obtención de muestras corporales.” (Sentença C-822/05).

casos previstos em lei, de não declarar quando tais declarações puderem incriminar o acusado.¹⁶⁰

O texto constitucional assegura ainda, a igualdade dos cidadãos em dignidade e direitos (art. 1º), a ampla defesa (art. 19, 3º), o respeito à vida privada e à honra da pessoa e de sua família (art. 19, 4º), a liberdade ambulatorial (art. 19, 7º, b), além do direito à vida e à integridade física e psicológica da pessoa (art. 19, 1º).

Na seara infraconstitucional, denota-se que o Código de Processo Penal de 1907 não trazia expressa previsão legal do *nemo tenetur se detegere*, muito embora consignasse que, se o acusado de recusasse a responder às perguntas formuladas, o juiz limitava-se a adverti-lo que tal atitude não impediria o prosseguimento da ação.

Já com o advento do Código de Processo Penal de 2000, decorrente da Lei nº 19.696, de 12 de outubro de 2000, e que passou a vigorar em dezembro do mesmo ano, o direito a não autoincriminação passou a ter previsão legal no art. 93.¹⁶¹

Nota-se ainda do referido dispositivo legal, além da previsão do direito de silêncio, o reconhecimento do direito do imputado/acusado em ter respeitada sua dignidade, integridade física e psicológica, e intimidade, havendo vedação expressa

¹⁶⁰“Art. 19. A Constituição assegura a todas as pessoas: [...] 7º O direito à liberdade pessoal e à segurança individual. Em consequência: [...] f) Nas causas criminais não se poderá obrigar ao imputado que declare sob juramento sobre fato próprio; tampouco poderão ser obrigados a declarar contra este seus ascendentes, descendentes, cônjuge e demais pessoas, que segundo os casos e circunstâncias, assinala a lei;” (CHILE, 1980, tradução nossa). “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: [...] 7º El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: [...] f) En las causas criminales no se podrá obligar al inculpadado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas, que según los casos y circunstancias, señale la ley.”

¹⁶¹“Artigo 93.- Direitos e garantias do imputado. Todo imputado poderá fazer valer, até o término do processo, os direitos e garantias que conferem-lhes as leis. Em especial, terá direito a: [...] g) Guardar silêncio ou, em caso de consentir em prestar declaração, a não fazer-lo sob juramento. Sem prejuízo do disposto nos artigos 91 e 102, ao ser informado o imputado do direito que lhe assiste conforme esta letra, a respeito da primeira declaração que preste ante o fiscal ou a polícia, segundo o caso, deverá assinalar-se o seguinte: “Tem direito a guardar silêncio. O exercício deste direito não lhe ocasionará nenhuma consequência legal adversa; no entanto, se renuncia a ele, tudo o que manifestar poderá ser usado contra si”; h) Não ser submetido a tortura nem a outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e [...] .” (CHILE, 2000, tradução nossa). “Artículo 93 - Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: [...] g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le assiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: “Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.”; h) No ser sometido a tortura ni a otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, e [...]”

de emprego de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, coação, ameaça ou promessas de todo o gênero, quando não admitidas em lei, ou mesmo, de quaisquer outros meios que retirem a voluntariedade e espontaneidade das declarações.¹⁶²

Seguindo a mesma linha dos já analisados ordenamentos europeus e sul-americanos, o sistema processual penal chileno, embora reconheça o direito a não autoincriminação, também adota como meios de prova medidas incidentes sobre o organismo do imputado, consistentes em exames corporais para obtenção de material genético para realização de provas de caráter biológico, para extração de

¹⁶²“Artigo 195.- Métodos proibidos. Fica absolutamente proibido todo método de investigação ou de interrogatório que prejudique ou coaja a liberdade do imputado para declarar. Em consequência, não poderá ser submetido a nenhuma classe de coação, ameaça ou promessa. Só se admitirá a promessa de uma vantagem que estiver expressamente prevista na lei penal ou processual penal. Se proíbe, em consequência, todo método que afete a memória ou a capacidade de compreensão e de direção dos atos do imputado, em especial qualquer forma de mau trato, ameaça, violência corporal ou psíquica, tortura, engano, ou a administração de psicofármacos e a hipnose. As proibições previstas neste artigo regem ainda para o caso em que o imputado consinta na utilização de algum dos métodos vedados. Artigo 196.- Prolongamento excessivo da declaração. Se o exame do imputado se prolongar por muito tempo, ou se lhe tiver dirigido um número de perguntas tão considerável que provoque seu esgotamento, se concederá o descanso prudente e necessário para sua recuperação. Se fará constar no registro o tempo investido no interrogatório.” (CHILE, 2000, tradução nossa). “*Artículo 195.- Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis. Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados. Artículo 196.- Prolongación excesiva de la declaración. Si el examen del imputado se prolongare por mucho tiempo, o si se le hubiere dirigido un número de preguntas tan considerable que provocare su agotamiento, se concederá el descanso prudente y necesario para su recuperación. Se hará constar en el registro el tiempo invertido en el interrogatorio.*”

sangue ou outros elementos análogos, condicionadas ao respeito à saúde ou dignidade do sujeito passivo da medida.¹⁶³

Consigna expressamente o art. 197 do Código de Processo Penal Chileno, que os exames corporais deverão ser precedidos de consentimento do imputado, caso contrário, faz-se imprescindível a obtenção de prévia autorização do juiz de garantias, devidamente fundamentada e que determinará as condições de realização de tais medidas.

Nessa esteira, Queijo (2012, p. 347) entende que no direito chileno não há a possibilidade de dissentimento do sujeito passivo de tais medidas, sendo que, em caso de recusa a submeter-se à diligência, tal situação será levada ao conhecimento do juiz de garantias, que poderá determinar a realização coercitiva por decisão fundamentada e com as condições para realização.

Na mesma esteira é o posicionamento de Marteleto Filho (2012, p.135):

No Chile, os *exámenes corporales* do imputado ou do ofendido, são disciplinados no art. 197 do Código de Processo Penal, autorizando-se a extração de sangue ou outros materiais análogos, desde que resguardada a saúde ou dignidade do sujeito passivo. No caso do ofendido, deve ser solicitado seu consentimento e, em hipótese de negativa, o exame deve ser autorizado pelo juiz de garantias. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 135).

Contrário à legitimidade de determinação judicial para submissão coativa do imputado, em caso de dissentimento deste, a medidas que importem em invasão do corpo humano, afirma Vargas:

Dentro das principais medidas que requerem autorização judicial prévia, encontramos precisamente esta norma, a qual no que se refere ao imputado, entrega ao juiz de garantia a faculdade -incluindo contra sua vontade- de praticar-lhe exames biológicos, extração de sangue ou outros

¹⁶³“Artigo 197.- Exames corporais. Se for necessário para constatar circunstâncias relevantes para a investigação, poderão efetuar-se exames corporais do imputado ou do ofendido pelo fato punível, tais como provas de caráter biológico, extrações de sangue ou outros análogos, sempre que não for de temer dano à saúde ou dignidade do interessado. Se a pessoa que tem de ser objeto do exame, comunicada de seus direitos, consentir em fazê-lo, o fiscal ou a polícia ordenará que se pratique sem mais trâmites. Em caso de negar-se, se solicitará a correspondente autorização judicial, expondo-se ao juiz as razões da rejeição. O juiz de garantia autorizará a prática da diligência sempre que se cumprirem as condições assinaladas no inciso primeiro.” (CHILE, 2000, tradução nossa).“*Artículo 197 - Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.*”

análogos, com a única limitante de não produzir um dano à saúde ou dignidade do interessado.

Se bem o legislador lhe dá um marco regulatório à autorização judicial, este resquício inquisitivo é absoluta e totalmente atentatório ao direito de todo imputado a não autoincriminar-se, o qual não deve ter-se vulnerado sob nenhum aspecto, pois estimamos que se preferiu a eficácia da investigação sobre a garantia e foi superior o valor que se deu ao êxito investigativo relativamente ao direito antes citado.

[...]

Portanto, existe uma verdadeira concomitância investigativa entre o juiz de garantia e o persecutor penal, toda vez que o primeiro conhecerá dos antecedentes da investigação, os valorará e, finalmente, adotará medidas tendentes a fazer-las mais ou menos eficazes, não importando a negativa do imputado. (VARGAS, 2007, p. 23-24, tradução nossa).¹⁶⁴

Ainda os artigos 198¹⁶⁵ e 199¹⁶⁶ do diploma processual penal chileno tratam expressamente da possibilidade de realização de exames médicos para

¹⁶⁴ “Dentro de las principales medidas que requieren autorización judicial previa, encontramos precisamente esta norma, la cual en lo referente al imputado le entrega al juez de garantía la facultad -incluso en contra de su voluntad- de practicarle exámenes biológicos, extracción de sangre u otros análogos, con la única limitante de no producir un menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si bien el legislador le da un marco regulatorio a la autorización judicial, este resabio inquisitivo es absoluta y totalmente atentatorio contra el derecho de todo imputado a no autoincriminarse, el cual no debió haberse vulnerado bajo ningún respecto, pues estimamos que se prefirió la eficacia de la investigación por sobre la garantía y fue superior el valor que se le dio al éxito investigativo respecto al derecho antes citado. [...] Por lo tanto, existe una verdadera concomitancia investigativa entre el juez de garantía y el persecutor penal, toda vez que el primero conocerá de los antecedentes de la investigación, los valorará y, finalmente, adoptará medidas tendientes a hacerlas más o menos eficaces, no importando la negativa del imputado.”

¹⁶⁵ “Artigo 198.- Exames médicos e provas relacionadas com os delitos previstos nos artigos 361 a 367 e no artigo 375 do Código Penal. Tratando-se dos delitos previstos nos artigos 361 a 367 e no artigo 375 do Código Penal, os hospitais, clínicas e estabelecimentos de saúde semelhantes, sejam públicos ou privados, deverão praticar os reconhecimentos, exames médicos e provas biológicas necessárias a comprovar o fato punível e a identificar os partícipes em sua prática, devendo conservar os antecedentes e amostras correspondentes. [...] Se os mencionados estabelecimentos não se encontrarem credenciados ante o Serviço Médico Legal para determinar impressões genéticas, tomarão as amostras biológicas e obterão as evidências necessárias, e procederão a remetê-las à instituição que corresponda para esse efeito, de acordo com a lei que cria o Sistema Nacional de Registros de DNA e seu Regulamento.” (CHILE, 2000, tradução nossa). “Artículo 198 - Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal. Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes. [...] Si los mencionados establecimientos no se encontraren acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias, y procederán a remitirlas a la institución que corresponda para ese efecto, de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y su Reglamento.”

determinação de provas relacionadas à ocorrência do fato ou à identificação da autoria delitiva, incidentes tanto sobre o imputado quanto sobre a vítima, nos casos previstos nos artigos 361 a 367bis (violação sexual, estupro e outros delitos sexuais), e 375 (incesto), todos do Código Penal Chileno.

Nesse sentido, enfatiza Queijo:

Cuidando-se dos delitos tipificados nos arts. 361 a 367bis e 375 do Código Penal, os hospitais, clínicas e estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, deverão realizar os reconhecimentos, exames médicos e provas biológicas para comprovar o fato e identificar os autores e partícipes do delito.

Estabelece o art. 198 do Código em vigor que deverão ser guardadas cópias dos atos praticados, as amostras colhidas e os resultados de exames realizados, por período não inferior a um ano, para remessa ao Ministério Público. (QUEIJO, 2012, p. 347).

Conclui o artigo 199-bis¹⁶⁷, exigindo que a realização de exames médicos e provas de ADN¹⁶⁸ somente poderão ser realizados por profissionais médicos e técnicos que desempenhem tais atividades junto ao Serviço Médico Legal ou outras instituições públicas ou privadas autorizadas pelo referido órgão.

Frente a tais exposições, assevera-se que, no tocante aos exames corporais para obtenção de material para provas biológicas, amostras de sangue e outros elementos corpóreos, o sistema processual penal chileno admite a realização coativa em caso de dissentimento do imputado ou da vítima do delito, no entanto, no primeiro caso, deve-se recorrer ao juiz de garantias para determinação judicial

¹⁶⁶“Artigo 199.- Exames médicos e autopsias. Nos delitos em que for necessária a realização de exames médicos para a determinação do fato punível, o fiscal poderá ordenar que estes sejam levados a efeito pelo Serviço Médico Legal ou por qualquer outro serviço médico. [...]” (CHILE, 2000, tradução nossa). “*Artículo 199 - Exámenes médicos y autopsias. En los delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que éstos sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico. [...]*”

¹⁶⁷“Artigo 199 bis. Exames e provas de DNA. Os exames e provas biológicas destinados à determinação de impressões genéticas só poderão ser efetuados por profissionais e técnicos e que se desempenhem no Serviço Médico Legal, ou naquelas instituições públicas ou privadas que se encontrarem credenciadas para tal efeito ante dito Serviço. As instituições credenciadas constarão em uma relação que, em conformidade com o disposto no Regulamento, publicará o Serviço Médico Legal no Diário Oficial.” (CHILE, 2000, tradução nossa). “*Artículo 199 bis. Exámenes y pruebas de ADN. Los exámenes y pruebas biológicas destinados a la determinación de huellas genéticas sólo podrán ser efectuados por profesionales y técnicos que se desempeñen en el Servicio Médico Legal, o en aquellas instituciones públicas o privadas que se encontraren acreditadas para tal efecto ante dicho Servicio. Las instituciones acreditadas constarán en una nómina que, en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, publicará el Servicio Médico Legal en el Diario Oficial.*”

¹⁶⁸ No direito chileno há legislação específica autorizando a criação e manutenção de banco de dados genético denominado Sistema Nacional de Registros de ADN – SINADN, introduzido pela Lei nº 19.970, de 10 de setembro de 2004.

devidamente fundamentada com observância do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e ponderação de valores.¹⁶⁹

2.2.5 Peru

Contrariamente a grande maioria dos ordenamentos jurídicos analisados anteriormente, no direito peruano o *nemo tenetur se detegere* não possui previsão expressa na Constituição Política do Perú, sendo reconhecido de forma implícita em vários de seus dispositivos legais.

No capítulo I, que trata dos direitos fundamentais, verifica-se que o art. 1º¹⁷⁰ estabelece como fim supremo do Estado a defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade; sendo complementado pelo amplo rol de direitos fundamentais

¹⁶⁹ Nesse sentido afirmam Meza-Lopehandía e Silva: “Finalmente, resta estabelecer se havendo ordenado o Juiz de Garantia a realização dos exames corporais pertinentes sobre o imputado ou condenado para obter sua impressão genética e este se negar a isso, a obtenção desta por meio da força pública constitui ou não uma vulneração dos direitos fundamentais de quem é objeto de dita ação, em particular, seu direito à integridade física e psíquica consagrado no n° 1 do artigo 19° da CPR e em diversos instrumentos internacionais ratificados pelo Chile. Já assinalamos que as resoluções judiciais estão, por expreso mandato da Constituição, revestidas de tal autoridade que possam fazer-se cumprir pela força. Por outro lado, a Constituição estabelece no artigo 1° que “o Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, para o qual deve contribuir para criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional sua maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece”. [...] Por isto é que qualquer limitação ao gozo dos direitos fundamentais só pode justificar-se no legítimo exercício de outro direito -como é o caso da ponderação de direitos que se verifica para determinar a prevalência do direito à informação sobre a privacidade ou vice versa- ou, discutivelmente, no bem comum. Em função deste bem comum é que se autorizam violações aos direitos fundamentais como as penas privativas de liberdade ou a realização forçada de bens para o cumprimento das obrigações.” (2009, tradução nossa). “Finalmente, resta establecer si habiendo ordenado el Juez de Garantía la realización de los exámenes corporales pertinentes sobre el imputado o condenado para obtener su huella genética y este se negare a ello, la obtención de ésta por medio de la fuerza pública constituye o no una vulneración de los derechos fundamentales de quien es objeto de dicha acción, en particular, su derecho a la integridad física y síquica consagrado en el n° 1 del artículo 19° de la CPR y en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile. Ya señalamos que las resoluciones judiciales están, por expreso mandato de la Constitución, revestidas de tal autoridad que pueden hacerse cumplir por la fuerza. Por otro lado, la Constitución establece en el artículo 1° que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. [...] Por esto es que cualquier limitación al goce de los derechos fundamentales sólo puede justificarse en el legítimo ejercicio de otro derecho -como es el caso de la ponderación de derechos que se verifica para determinar la prevalencia del derecho a la información sobre la privacidad o vice versa- o, discutiblemente, en el bien común. En función de este bien común es que se autorizan violaciones a los derechos fundamentales como las penas privativas de libertad o la realización forzada de bienes para el cumplimiento de las obligaciones.”

¹⁷⁰ “Artigo 1°. A defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado.” (PERU, 1976, tradução nossa). “Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

estampados no art. 2º¹⁷¹, que assegura a vida, a integridade moral, psíquica e física, e a intimidade pessoal enquanto sujeito de direitos, salvaguardando-o de toda e qualquer violência moral, psíquica ou física, ou submissão a tortura, tratamento desumano ou humilhante.

Complementando os direitos assegurados nos supracitados dispositivos constitucionais, verifica-se que o art. 3º¹⁷² da Constituição Peruana estabelece expressamente que os direitos fundamentais reconhecidos anteriormente não excluem outros previstos no texto constitucional, e mais que isso, que os tratados internacionais celebrados e em vigor integram o direito nacional¹⁷³, admitindo-se assim, o direito a não autoincriminação reconhecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto e San José da Costa Rica), em seu art. 8º, 2, g, e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 3, g.

Já na seara infraconstitucional, evidencia-se que o Código de Processo Penal Peruano reconhece expressamente o *nemo tenetur se detegere* em sua faceta

¹⁷¹“Artigo 2º. Toda pessoa tem direito: 1. À vida, a sua identidade, a sua integridade moral, psíquica e física e ao seu livre desenvolvimento e bem estar. O concebido é sujeito de direito em tudo quanto lhe favorece. [...] 24. À liberdade e à segurança pessoal. Em consequência: [...]: Ninguém deve ser vítima de violência moral, psíquica ou física, nem submetido à tortura ou a tratamentos desumanos ou humilhantes. Qualquer pode pedir de imediato o exame médico da pessoa lesada ou daquela impossibilitada de recorrer por si mesma à autoridade. Carecem de valor as declarações obtidas pela violência. Quem a emprega incorre em responsabilidade.” (PERU, 1976, tradução nossa). “Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] . Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

¹⁷²“Artigo 3º. A enumeração dos direitos estabelecidos neste capítulo não exclui os demais que a Constituição garante, nem outros de natureza análoga ou que se fundam na dignidade do homem, ou nos princípios de soberania do povo, do Estado democrático de direito e da forma republicana de governo.” (PERU, 1976, tradução nossa). “Artículo 3º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

¹⁷³“Artigo 55º. Os tratados celebrados pelo Estado e em vigor formam parte do direito nacional.” (PERU, 1976, tradução nossa). “Artículo 55º. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

primitiva de direito ao silêncio ou de não declarar, conforme se verifica da redação do art. 9º, inciso 2.¹⁷⁴

O direito a não autoincriminação ainda apresenta expressa previsão no Código de Processo Penal Peruano em diversos dispositivos legais, tais como o art. 71¹⁷⁵, que estabelece o direito do imputado de abster-se de declarar em todas as diligências que requeiram sua presença, vedando o emprego de meios coativos, intimidatórios ou contrários à sua dignidade, bem como, a submissão a técnicas ou métodos que interfiram ou alterem sua voluntariedade e espontaneidade.

¹⁷⁴“Artigo IX. Direito de Defesa: 1. Toda pessoa tem direito inviolável e irrestrito a que lhe informe de seus direitos, a que lhe comunique de imediato e detalhadamente a imputação formulada contra si, e a ser assistida por um Advogado Defensor de sua eleição ou, no caso, por um advogado de ofício, desde que citada ou detida pela autoridade. Também tem direito a que lhe conceda um tempo razoável para que prepare sua defesa; a exercer sua autodefesa material; a intervir, em plena igualdade, na atividade probatória; e, nas condições previstas pela Lei, a utilizar os meios de prova pertinentes. O exercício do direito de defesa se estende a todo estado e grau do procedimento, na forma e oportunidade que a lei assinala. 2. Ninguém pode ser obrigado ou induzido a declarar ou a reconhecer culpabilidade contra si mesmo, contra seu cônjuge, ou seus parentes dentro do quarto grau de consanguinidade ou segundo de afinidade. [...]”(PERU, 1976, tradução nossa). “*Artículo IX. Derecho de Defensa: 1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. 2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. [...]*”

¹⁷⁵“Artigo 71. Direitos do imputado.- [...] 2. Os Juízes, os Fiscais ou a Polícia Nacional devem fazer saber ao imputado de maneira imediata e compreensível, que tem direito a: ... d) Abster-se de declarar; e, se aceita fazê-lo, a que seu Advogado Defensor esteja presente em sua declaração e em todas as diligências em que se requeira sua presença; e) Que não se empregue contra si meios coativos, intimidatórios ou contrários a sua dignidade, nem a ser submetido a técnicas ou métodos que induzam ou alterem sua livre vontade ou a sofrer uma restrição não autorizada nem permitida por Lei; [...]”(PERU, 2004, tradução nossa). “*Artículo 71 Derechos del imputado.- [...] 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: [...] d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor este presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; [...]*”

E tal diploma legal prossegue afirmando em seu art. 87¹⁷⁶, 2, a imprescindibilidade das instruções preliminares e que antecedem a tomada das declarações do imputado, sendo dever da autoridade pública adverti-lo do direito de abster-se de responder às perguntas que lhe forem formuladas, sem qualquer prejuízo à sua defesa; e em caso de optar por declarar, o art. 88¹⁷⁷ estabelece que as perguntas sejam claras e precisas, rechaçando as que se mostrarem ambíguas, capciosas ou sugestivas, bem como, toda e qualquer medida de coação, induzimento ou sofrimento físico que possa levá-lo a se autoincriminar.

Denota-se ainda, que o *nemo tenetur se detegere* no sistema processual penal peruano se estende a terceiros estranhos ao processo, já que o art. 170¹⁷⁸ assegura à testemunha, não obstante à imposição de juramento de dizer a verdade,

¹⁷⁶“Artigo 87. Instruções preliminares.- 1. Antes de começar a declaração do imputado, lhe comunicará detalhadamente o fato objeto de imputação, os elementos de convicção e de provas existentes, e as disposições penais que se considerem aplicáveis. De igual modo se procederá quando se trata de exigências ampliadoras ou da presença de novos elementos de convicção ou de prova. Rege o número 2) do artigo 71. 2. De igual maneira, lhe advertirá que tem direito a abster-se de declarar e que essa decisão não poderá ser utilizada em seu prejuízo. Assim mesmo, lhe instruirá que tem direito à presença de um advogado defensor, e que se não puder nomeá-lo lhe designará um defensor de ofício. Se o advogado recém se incorpora à defesa, o imputado tem direito a consultar com ele antes de iniciar a diligência e, em seu caso, a pedir a postergação da mesma. [...]”(PERU, 2004, tradução nossa). “*Artículo 87 Instrucciones preliminares.- 1. Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba. Rige el numeral 2) del artículo 71. 2. De igual manera, se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Asimismo, se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un abogado defensor, y que si no puede nombrarlo se le designará un defensor de oficio. Si el abogado recién se incorpora a la defensa, el imputado tiene derecho a consultar con él antes de iniciar la diligencia y, en su caso, a pedir la postergación de la misma. [...]*”

¹⁷⁷“Artigo 88. Desenvolvimento da declaração.- [...] 4. No interrogatório as perguntas serão claras e precisas, não poderão formular-se perguntas ambíguas, capciosas ou sugestivas. Durante a diligência não poderá coagir-se de modo algum o imputado, nem induzi-lo ou determiná-lo a declarar contra sua vontade, nem lhe serão feitas cobranças ou reconvenções tendentes a obter sua confissão. [...] 6. Se pela duração do ato se notem sinais de fadiga ou falta de serenidade no imputado, a declaração será suspensa, até que eles desapareçam.” (PERU, 2004, tradução nossa). “*Artículo 88 Desarrollo de la declaración.- [...] 4. En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión. [...] 6. Si por la duración del acto se noten signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan.*”

¹⁷⁸“Artigo 170. Desenvolvimento do interrogatório.- 1. Antes de começar a declaração, a testemunha será instruída acerca de suas obrigações e da responsabilidade por seu descumprimento, e prestará juramento ou promessa de honra de dizer a verdade, segundo suas crenças. Deverá também ser advertido de que não está obrigado a responder às perguntas das quais possa surgir sua responsabilidade penal.” (PERU, 2004, tradução nossa). “*Artículo 170 Desarrollo del interrogatorio.- 1. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de las cuales pueda surgir su responsabilidad penal.*”

o direito de não responder às perguntas que possam resultar-lhe em atribuição de responsabilidade penal, sendo indispensável a prévia advertência acerca de tal direito.

Entretanto, na mesma linha dos demais ordenamentos sul-americanos supracitados, o processo penal peruano admite a utilização de medidas incidentes sobre o corpo do imputado como forma de obtenção de elementos probatórios para comprovação do fato ou da autoria delitiva.

Nesse viés, o Código de Processo Penal Peruano dispensa capítulo específico às intervenções corporais, iniciando a disciplina do assunto pelo art.

211¹⁷⁹ que prevê a medida de exame corporal do imputado, sempre precedido de ordem judicial escrita e fundamentada, requerida pelo Ministério Público, e cabível em delitos apenados com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, objetivando o levantamento de fatos ou informações significativas à investigação.

Compreende-se em tais medidas de exames corporais, a extração sanguínea, e outras mais de onde se possa obter material genético-molecular, bem como, a

¹⁷⁹“Artigo 211. Exame corporal do imputado.- 1. O Juiz da Investigação Preparatória, por solicitação do Ministério Público, pode ordenar um exame corporal do imputado para estabelecer fatos significativos da investigação, sempre que o delito seja sancionado com pena privativa de liberdade acima de quatro anos. Com esta finalidade, ainda sem o consentimento do imputado, podem realizar-se provas de análises sanguíneas, provas genético-moleculares ou outras intervenções corporais, assim como explorações radiológicas, sempre efetuadas por um médico ou outro profissional especializado. A diligência está condicionada a que não se tema fundamentamente um dano grave para a saúde do imputado, para o qual se resulta necessário contar com um prévio parecer pericial. 2. Se o exame corporal de uma mulher puder ofender o pudor, sem prejuízo que o exame se realize por um médico ou outro profissional especializado, por sua petição deve ser admitida outra mulher ou um familiar. 3. O Fiscal poderá ordenar a realização desse exame se o mesmo deve realizar-se com urgência ou haja perigo pela demora, e não puder esperar a ordem judicial. Nesse caso, o Fiscal solicitará imediatamente a confirmação judicial. 4. A diligência se assentará em ata. Nesta diligência estará presente o Advogado Defensor do imputado, salvo se não tiver apesar da citação correspondente ou que exista fundado perigo de que a prova seja prejudicada se não se realizar imediatamente, em cujo caso poderá estar presente uma pessoa da confiança do interceptado sempre que possa ser encontrada nesse ato. Na ata se deixará constando a causa invocada para prescindir da intervenção do Advogado Defensor e da intervenção da pessoa de confiança do interceptado. 5. O Ministério Público, ou a Polícia Nacional com conhecimento do Fiscal, sem ordem judicial, poderão dispor mínimas intervenções para observação, como pequenas extrações de sangue, pelo ou cabelo que não provoquem nenhum prejuízo para sua saúde, sempre que o especialista que leve a cabo a intervenção não a considere perigosa. Caso contrário, se pedirá a ordem judicial, para a qual se contará com um prévio parecer pericial que estabeleça a ausência de perigo de realizar-se a intervenção.” (PERU, 2004, tradução nossa). “*Artículo 211 Examen corporal del imputado.- 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundamentamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial. 2. Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debe ser admitida otra mujer o un familiar. 3. El Fiscal podrá ordenar la realización de ese examen si el mismo debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. En ese caso, el Fiscal instará inmediatamente la confirmación judicial. 4. La diligencia se asentará en acta. En esta diligencia estará presente el Abogado Defensor del imputado, salvo que no concurra pese a la citación correspondiente o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir de la intervención del Abogado Defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido. 5. El Ministerio Público, o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. En caso contrario, se pedirá la orden judicial, para lo cual se contará con un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro de realizarse la intervención.*”

exploração radiológica, que deverá ser realizada por profissional médico ou outro especializado e somente será determinada se não resultar em risco de dano grave à saúde do sujeito passivo, sendo assegurada a presença do defensor ao ato e de pessoa de confiança do imputado.

Outro fator considerável é a possibilidade de realização coercitiva de exames corporais sobre o imputado, em caso de dissentimento deste, inclusive, quando a medida importar em urgência e o perigo da demora para obtenção da ordem judicial puder prejudicar a prova, será imediatamente determinada pelo Fiscal, dependendo de confirmação judicial para sua validade.

Nesse sentido, traz-se à baila posicionamento de Marteleto Filho:

No Peru, o artigo 211 do Código de Processo Penal permite a realização da intervenção corporal coercitiva, desde que haja autorização judicial e que o delito esteja sancionado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Autoriza-se a extração de sangue e outros materiais genéticos, bem como a realização de exame radiológico, que devem ser realizadas por médico ou profissional habilitado, resguardando-se a saúde do imputado. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 136).

Prevê ainda, o inciso 5 do referido dispositivo legal, a possibilidade de realização pelo Ministério Público, pela Polícia Nacional com o conhecimento do Fiscal, de mínimas intervenções para observação, por meio de pequenas extrações de sangue, pelo ou cabelo que não provoquem nenhum prejuízo à saúde do sujeito passivo, sempre que o perito encarregado da realização da medida não a considere perigosa, caso contrário, dependerá de ordem judicial para realização da intervenção.

Já o art. 212¹⁸⁰ prevê a possibilidade de realização de exames corporais sobre terceiros aos quais não é atribuída a autoria ou participação no fato investigado, mesmo sem o consentimento destes e quando se busque obter determinada impressão genética ou sequela do delito; admite-se tais exames ainda, na hipótese de comprovação de filiação e quando a extração sanguínea não gerar qualquer risco à saúde do indivíduo e mostrar-se indispensável à averiguação da verdade, sendo realizados exclusivamente por profissional médico.

¹⁸⁰“Artigo 212. Exame corporal de outras pessoas.- 1. Outras pessoas não inculpadas também podem ser examinadas sem seu consentimento, só em consideração às testemunhas, sempre que deva ser constatado, para o esclarecimento dos fatos, se encontra-se em seu corpo determinada impressão ou sequela do delito. 2. Em outras pessoas não inculpadas, os exames para a constatação de descendência e a extração de análises sanguíneas sem o consentimento do examinado são admissíveis se não cabe temer nenhum dano para sua saúde e a medida é indispensável para a averiguação da verdade. Os exames e a extração de análises sanguíneas só podem ser efetuados por um médico. 3. Os exames ou extrações de análises sanguíneas podem ser recusados pelos mesmos motivos que a testemunha. Se se trata de menores de idade ou incapazes, decide seu representante legal, salvo se esteja inabilitado para fazer-lo por ser imputado no delito, em cujo caso decide o Juiz.” (PERU, 2004, tradução nossa) “*Artículo 212 Examen corporal de otras personas.- 1. Otras personas no inculpadas también pueden ser examinadas sin su consentimiento, sólo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito. 2. En otras personas no inculpadas, los exámenes para la constatación de descendencia y la extracción de análisis sanguíneos sin el consentimiento del examinado son admisibles si no cabe temer ningún daño para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad. Los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos sólo pueden ser efectuados por un médico. 3. Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el Juez.*”

Digna de anotação é a iniciativa do legislador peruano ao fazer constar expressamente no texto do Código de Processo Penal título¹⁸¹ (TÍTULO III, CAPÍTULO I) atinente à busca de provas e restrição de direitos, estabelecendo os preceitos gerais e pressupostos para admissão de medidas violadoras de direitos fundamentais do cidadão.

O Código de Processo Penal estabelece expressamente que as medidas que incidem em intervenções corporais dependem de prévia autorização judicial, a

¹⁸¹“TÍTULO III - A BUSCA DE PROVAS E RESTRIÇÃO DE DIREITOS - CAPÍTULO I- PRECEITOS GERAIS- Artigo 202 Legalidade processual.- Quando resulte indispensável restringir um direito fundamental para alcançar os fins de esclarecimento do processo, deve proceder-se conforme ao disposto pela Lei e executar-se com as devidas garantias para o afetado. Artigo 203. Pressupostos.- 1. As medidas que disponha a autoridade, nas situações indicadas no artigo anterior, devem realizar-se com apoio no princípio de proporcionalidade e na medida que existam suficientes elementos de convicção. A resolução que emite o Juiz da Investigação Preparatória deve ser motivada, igual ao requerimento do Ministério Público. 2. Os requerimentos do Ministério Público serão motivados e devidamente fundamentados. O Juiz da Investigação Preliminar, salvo norma específica, decidirá imediatamente, sem trâmite algum. Se não existir risco fundado de perda da finalidade da medida, o Juiz da Investigação Preliminar deverá transportar previamente os sujeitos processuais e, em especial, o afetado. Assim mesmo, para resolver, poderá dispor mediante resolução irrecorrível a realização de uma audiência com intervenção do Ministério Público e dos demais sujeitos processuais, que se realizará com os assistentes. 3. Quando a Polícia ou o Ministério Público, sempre que não se requeira previamente resolução judicial, ante suspeitas de urgência ou perigo pela demora e com estritos fins de averiguação, restringir direitos fundamentais das pessoas, corresponde ao Fiscal solicitar imediatamente a confirmação judicial. O Juiz da Investigação Preparatória, sem trâmite algum, decidirá no mesmo dia ou no mais tardar no dia seguinte confirmando ou desaprovando a medida executada pela Polícia ou a Promotoria, salvo que considere indispensável o prévio transporte aos sujeitos processuais ou, em seu caso, a realização de uma audiência com intervenção do Fiscal e do afetado. A resolução que ordena o prévio transporte ou a audiência não é recorrível. 4. A respeito da realização da audiência, rege no pertinente o artigo 8.” (PERU, 2004, tradução nossa). “TÍTULO III - LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS - CAPÍTULO I- PRECEPTOS GENERALES- Artículo 202 Legalidad procesal.- Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado. Artículo 203 Presupuestos.- 1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público. 2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes. 3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile. 4. Respecto de la realización de la audiencia, rige en lo pertinente el artículo 8.”

requerimento do Ministério Público, ambos devidamente fundamentados, com observância à legalidade processual e às devidas garantias ao sujeito passivo, e tendo por base de fundamentação o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação/idoneidade, necessidade e ponderação de valores.

Na mesma esteira é o posicionamento do Tribunal Constitucional do Peru¹⁸², que se pronunciou expressamente sobre as medidas de intervenção corporal para obtenção de material genético para produção de exame de DNA, reconhecendo a legitimidade da determinação de realização coercitiva em caso de dissentimento do sujeito passivo, com fundamento na existência de disposição legal expressa no Código de Processo Penal e com amparo no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Estabelece ainda, que tal decisão será proferida pelo juiz da investigação preliminar, que será proferida imediatamente e sem formalidade alguma, exceto quando a demora não importar em risco para a medida, hipótese em que determinará a extração de cópia dos autos do requerimento às partes, em especial, ao sujeito passivo, podendo determinar a realização de audiência prévia com intervenção do Ministério Público e presença do imputado e de seu defensor, para então decidir sobre a determinação de realização da prova ou não.

Já nos casos em que a urgência ou o perigo de prejuízo da medida pela demora autoriza a polícia e o Ministério Público a realizar tais medidas de intervenção corporal restritivas de direitos fundamentais, sem prévia resolução judicial, objetivando os estritos fins da investigação, o Fiscal solicitará imediatamente a confirmação judicial do ato, onde o Juiz da Investigação Preparatória, sem trâmite algum, decidirá imediatamente, confirmando ou desaprovando a medida executada, podendo igualmente, designar audiência com a presença das partes para decidir sobre o feito.

Assim sendo, inobstante ao reconhecimento do direito a não autoincriminação no direito peruano, verifica-se a expressa previsão de medidas de intervenção corporal sobre o imputado e terceiros, sempre condicionado à existência de resolução judicial devidamente fundamentada com supedâneo no princípio da proporcionalidade.

¹⁸² Sentença 00815-2007-HC – Tribunal Constitucional do Peru.

3 DO RECONHECIMENTO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – E O CONFLITO COM O DIREITO À PROVA

No direito pátrio existe expresse reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* sob a face primária do direito ao silêncio, já que disposto no art. 186 do Código de Processo Penal, em vigor desde 1941, vindo a ser reconhecido em nível de cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o silêncio do acusado era expressamente admitido, no entanto, possibilitava-se extrair consequências desfavoráveis à defesa, o que mitigava o *nemo tenetur se detegere*, condição que foi alterada com a promulgação da Carta Magna, e na seara infraconstitucional, com a entrega em vigor da Lei nº 10.792/2003, que introduziu o parágrafo único ao art. 186, vedando expressamente que o silêncio do indiciado/acusado seja interpretado em desfavor de sua defesa.

Nesse sentido afirma Queijo:

Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas consequências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular.

[...]

Em que pese tal sedimentação doutrinária do direito ao silêncio e seus reflexos, na jurisprudência, sobretudo antes da Lei n. 10.792/2003, não raro, praticamente se negava o conteúdo desse direito fundamental, valorando-se o silêncio do acusado, de modo desfavorável à defesa, em uma versão contemporânea do modelo inglês *accused speaks*. Nessa ótica, defendia-se que o acusado, inocente, tinha todo interesse em responder ao interrogatório. Somente ao culpado interessaria ao silêncio. (QUEIJO, 2012, p. 154-155).

Com a consagração pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, LXIII¹⁸³, estabelece o direito de silêncio ou de não declarar, sem prejuízo de sua defesa, constituindo-se em desdobramento do princípio processual máximo do

¹⁸³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]” (BRASIL, 2013, p. 20).

devido processo legal e da ampla defesa, o *nemo tenetur de detegere* assumiu *status* de cláusula pétrea.

Quanto ao exposto reconhecimento em sede constitucional do *nemo tenetur se detegere*, verifica-se posicionamento de Lopes Jr.:

O direito ao silêncio está expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da CB (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]). Parece-nos inequívoco que o direito de silêncio se aplica tanto ao sujeito passivo preso como também ao que está em liberdade. Contribui para isso o art. 8.2, g, da CADH, onde se pode ler que toda pessoa (logo, presa ou em liberdade) tem o direito de não se obrigado a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada. (LOPES JR., 2013, p. 644).

Fortalecendo tal entendimento e enaltecendo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 78.708 de 16-04-1999, traz-se à baila o ensinamento de Mendes et al.:

O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não auto-incriminação, que outorga ao preso e ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII).

Tal como anotado por Pertence em magnífico voto proferido no HC 78.708, de que foi o relator (DJ de 16-4-1999), o “direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação – *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade”.

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio – as chamadas *Miranda rules* – não de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: “*while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way.*”

Antes do advento do texto constitucional de 1988, o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade e do processo acusatório.

Agora, diante da cláusula explícita acima referida, compete ao intérprete precisar o significado da decisão do constituinte para a ordem constitucional como um todo.

Titular do direito é não só o preso, mas também qualquer acusado ou denunciado no processo penal. (MENDES et al., 2008, p. 672-673).

Ainda na seara constitucional, o art. 5º, § 2º da Constituição Federal estabelece expressamente que os direitos e garantias individuais nela reconhecidos não excluem outros previstos em convenções ou tratados internacionais de que o

Brasil faça parte, admitindo, portanto, o *nemo tenetur se detegere* na ideia originária de direito ao silêncio ou de não declarar, com supedâneo no art. 14, 2 e 3, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nessa vertente, entatiza Ramos:

Por outro lado, é importante lembrar que o art. 5º, § 2º da própria Constituição estatui que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966 e já ratificada e incorporado internamente, assegura a “cada indivíduo acusado de um crime”, entre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, aquela de “não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado” (art. 14, II e III, g).

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor para o Brasil desde 1992, assegura “a toda pessoa acusada de delito”, entre outras garantias mínimas, o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (art. 8º, II, g).

A importância de tais tratados, cujo descumprimento pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação de direitos humanos, é inegável.

A doutrina e jurisprudência constitucional extraíram desses dispositivos o direito de todo acusado não ser obrigado a se auto-incriminar.

Implantou-se, então, no direito brasileiro o brocardo *nemo tenetur se detegere*. (RAMOS, 2009, p.14-15).

Já na seara infraconstitucional, o direito a não autoincriminação, em sua faceta originária de direito ao silêncio, possui reconhecimento explícito no Código de Processo Penal ao estabelecer em seu art. 186 e parágrafo único, com redação dada pela Lei nº 10.792/2003, o dever da autoridade policial e judicial de cientificar o indiciado/acusado do direito de permanecer calado e não responder às perguntas que lhe forem formuladas, bem como, que o exercício de tal direito não importará em confissão ficta nem será interpretado em desfavor de sua defesa.

Quanto ao reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* pela jurisprudência pátria, denota-se que o Supremo Tribunal Federal possui posicionamento sedimentado quanto à incidência do mesmo, apontando-se julgados anteriores à

Constituição Federal de 1988¹⁸⁴, bem como do início da década de 90, como o HC 69.026/DF julgado em 1991, HC 68.292/SP julgado em 1992, e o HC 69.818/SP julgado em 1992.¹⁸⁵

Além dos julgados acima e dos diversos mencionados por Haddad, que se limitaram à data de fechamento de sua obra em 2005, ainda pode ser citada vasta jurisprudência do STF até o ano de 2012¹⁸⁶, reconhecendo explicitamente o direito ao silêncio enquanto desdobramento do *nemo tenetur se detegere*.

Convém salientar que, mesmo anteriormente à vigência da Lei n.º 10.792/2003, o Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo o direito ao silêncio e seu alcance como corolário do devido processo legal.

No que tange aos beneficiários do direito ao silêncio ou de não declarar enquanto primeira veste do *nemo tenetur se detegere*, inicialmente o Supremo Tribunal Federal reconhecia tão somente o indiciado ou acusado como destinatário do direito¹⁸⁷, vindo a ampliar o alcance de proteção ao reconhecer que qualquer

¹⁸⁴ RHC 64.354/SP, julgado em 01/07/1987 e RE 103.266/RS, julgado em 04/12/1984.

¹⁸⁵ Em nota de rodapé, Haddad apresenta extenso rol de julgados do STF versando sobre a matéria: “RCL 2.040/DF, MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MS 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, MSMC 24.670/DF, MSMC 24.671/DF, RHC 64.354/SP, HC 68.742/DF, HC 68.929/SP, HC 69.026/DF, HC 69.818/SP, HC 72.377/SP, HC 72.815/MS, HC 73.035/DF, HCML 73.671/PR, HC 75.257/RJ, HC 75.599/SP, HC 75.616/SP, HC 76.092/RJ, HC 77.135/SP, HCML 77.704/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HC 79.244/DF, HCEX 79.244/DF, HC 79.589/DF, HC 79.781/SP, HCML 79.790/SP, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, RHC 79.973/MG, HCML 80.153/AP, HCML 80.155/PR, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA, HCML 80.584/PA, HC 80.584/PA, HC 80.592/PR, HCMC 80.616/SP, HCML 80.853/SP, HCML 80.868/DF, HC 80.949/RJ, HCML 80.955/SP, HCMC 81.132/PB, HCML 81.338/DF, HCML 81.352/DF, HCML 81.400/DF, HC 81.400/DF, HC 81.718/DF, HC 82.463/MG, HCML 83.096/RJ, HC 83.357/DF, HCMC 83.438/DF, HCMC 83.600/PE, HCMC 83.622/DF, HC 83.633/DF, HCMC 83.645/DF, HCMC 83.648/DF, HC 83.654/SP, HC 83.703/SP, HCMC 83.755/DF, HCMC 83.775/DF, HCMC 84.080/DF, HCMC 84.089/DF, RE 103.266/RS, RE 199.570/MS, RE 206.971/SP, RE 212.081/RO, RE 341.560/SP e RE 391.546/SP.” (2005, p. 30).

¹⁸⁶ Além dos diversos julgados mencionados por Haddad, que se limitaram à data de fechamento de sua obra, ainda podem ser citados os seguintes: HC 82.354/PR, julgado em 2004; HC 84.517/SP, julgado em 2004; HC 83.960/RS, julgado em 2005; RE 435266/SP, julgado em 2005; HC 87.827/RJ, julgado em 2006; HC 89.269/DF, julgado em 2006; HC 90.232/AM, julgado em 2006; HC 88.950/RS, julgado em 2007; HC 89.503/RS, julgado em 2007; HC 91.514/BA, julgado em 2008; HC 93.916/PA, julgado em 2008; HC 87.610/SC, julgado em 2009; HC 89.837/DF, julgado em 2009; HC 90.099/RS, julgado em 2009; HC 94.173/BA, julgado em 2009; HC 87.610/SC, julgado em 2009; HC 99.289/RS, julgado em 2009; HC 100.200/DF, julgado em 2010; HC 100.341/AM, julgado em 2010; HC 106.876/RN, julgado em 2011; RHC 107.762/SC, julgado em 2011; HC 101909/MG, julgado em 2012.

¹⁸⁷ HC 68.742/DF, julgado em 28/06/1991 e HC 69.026/DF, julgado em 10/12/1991.

pessoa que deva prestar depoimento¹⁸⁸ pode beneficiar-se do direito de permanecer calado.¹⁸⁹

Da ampla jurisprudência supracitada, denota-se que o principal instrumento processual para conduzir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento da matéria é o *habeas corpus*, em sua maioria, em caráter preventivo em face de atos de Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de quaisquer de suas Casas¹⁹⁰, fazendo-se uso também de Recurso Extraordinário¹⁹¹, minoritariamente, para discutir-se o direito ao silêncio enquanto desdobramento do *nemo tenetur se detegere*.

Além de tais instrumentos, constata-se ainda, a utilização minoritária do mandado de segurança em questões correlatas ao *nemo tenetur se detegere*, seja para assegurar diretamente o direito ao silêncio, ou para preservação do sigilo bancário e financeiro ou as prerrogativas do advogado na defesa de seu cliente.¹⁹²

Quanto à vedação de valoração do silêncio em desfavor da defesa, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou expressamente pela

¹⁸⁸ Em nota de rodapé, Haddad apresenta diversos julgados estendendo a aplicação do direito ao silêncio às testemunhas: “MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, HC 75.257/RJ, HCML 78.814/PR, HCML 79.244/DF, HCML 79.812/SP, HC 79.812/SP, HCML 80.427/PE, HCML 80.530/PA e HCML 81.400/DF.” (2005, p. 129).

¹⁸⁹ Haddad afirma: “Observa-se uma evolução acerca dos beneficiários do direito de permanecer calado. Inicialmente o Supremo Tribunal Federal fazia referência a indiciado ou a acusado. À medida que os casos concretos surgiam, formava-se nova orientação jurisprudencial até se chegar ao momento presente, em que qualquer pessoa que deva prestar depoimento pode beneficiar-se do direito de permanecer calado. Constata-se nos primeiros acórdãos, embora restrito o rol de beneficiários do direito em questão, que a limitação decorria apenas das circunstâncias que envolviam os fatos [...] Como o Supremo Tribunal Federal não poucas vezes frisou o entendimento de que o direito de permanecer calado não se limita ao acusado ou ao indiciado, a testemunha suspeita também goza do benefício, posto que o direito positivo brasileiro apresente lacuna nessa regulamentação”. (2005, p. 129-131).

¹⁹⁰ Nesse sentido, afirma Marteleto Filho: “Quanto ao direito ao silêncio, a Corte concedeu, preventivamente, inúmeros habeas corpus assegurando seu exercício no que toca a depoimentos prestados perante Comissões Parlamentares de Inquérito (cf. HC 75.287-0, HC 79.244-DF, HC 79.812-SP, HC 83.357-DF, MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSMC 24.118/DF), tutelando-se, por via oblíqua, o direito de liberdade, ao inibir eventuais prisões em flagrante pelo delito de desobediência.” (2012, p. 225).

¹⁹¹ RE 103.266/RS, RE 199.570/MS, RE 206.971/SP, RE 212.081/RO, RE 341.560/SP, RE 391.546/SP e RE 435.266/SP. (STF).

¹⁹² Haddad apresenta, em nota de rodapé, os seguintes julgados proferidos em mandados de segurança: “MSMC 23.491/DF, MSMC 23.576/DF, MSPR 23.576/DF, MS 23.576/DF, MSMC 24.118/DF, MSMC 24.670/DF e MSMC 24.671/DF.” (2005, p. 35).

impossibilidade de tal prática no julgamento do HC 72.815/MS, julgado em 05/09/1995, e do HC 84.517/SP, julgado em 19/10/2004.¹⁹³

No que concerne ao dever de advertência pelas autoridades públicas quanto ao exercício do direito ao silêncio e a impossibilidade de utilização de tal silêncio em prejuízo da defesa, denota-se pronunciamento do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que a ausência da referida advertência, por si só, não acarreta na nulidade absoluta do interrogatório, quando resultar demonstrado que o acusado tinha ciência do direito de permanecer calado e optou por não exercê-lo.

Entretanto, no tocante ao emprego de meios enganosos e fraudulentos em que se omitiu deliberadamente o dever de advertência, o STF já se manifestou pela violação do *nemo tenetur se detegere*.¹⁹⁴

Necessário consignar que o presente trabalho não objetiva uma pesquisa exaustiva de julgados do Supremo Tribunal Federal, mas apenas uma demonstração da linha de pensamento adotada pela Corte Suprema, da mesma forma não foram abordados julgados dos demais Tribunais Pátrios, por não ser o objeto da presente pesquisa.

3.1 AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em consonância com o exposto linhas retro, verifica-se ampla discussão doutrinária acerca das intervenções corporais e sua admissibilidade no ordenamento jurídico pátrio, considerando-se o reconhecimento explícito do *nemo tenetur se detegere* tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional.

Os defensores da admissibilidade das intervenções corporais no direito brasileiro adotam como fundamentação o critério da liberdade dos meios de prova ou da não taxatividade dos meios probatórios, por meio do qual somente são

¹⁹³ Marteleto Filho ainda afirma: “No que concerne à valoração do silêncio, no julgamento do HC 84517/SP, o Supremo Tribunal cassou uma condenação na qual o exercício do direito ao silêncio foi avaliado negativamente como fundamento para a sentença condenatória, por violação do *nemo tenetur*. No mesmo rumo decidiu o Tribunal pela inadmissibilidade de se considerar o silêncio para a exasperação da pena (HC 72.815/MS).” (2012, p. 225).

¹⁹⁴ “Quanto ao dever de advertência, que instrumentaliza a garantia, o Supremo Tribunal proferiu decisões no sentido de que a omissão não induz à nulidade absoluta do interrogatório, desde que se comprove que o acusado estava ciente do direito de permanecer calado (cf., verbi gratia, HC 78.708/SP, DJ 16/04/1999). Com relação ao emprego dos meios enganosos, o Supremo Tribunal já decidiu (HC 80.949/RJ; HC 78.708/SP) pela ilicitude de prova obtida através de gravação ambiental clandestina, efetuada por policiais, exatamente em razão da omissão do dever de advertência. Considerou-se que, na referida situação, ocorreu um verdadeiro interrogatório sub-reptício, violando-se o *nemo tenetur*”. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 225-226).

inadmitidas como provas no processo penal aquelas expressamente vedadas, ou que atentem contra a dignidade humana.

Podendo-se mencionar como provas atentatórias à dignidade da pessoa humana, a hipnose, a aplicação de psicofármacos como o “soro da verdade” ou de enema para forçar evacuação pelos orifícios naturais, enquanto condutas aptas a retirar a voluntariedade e espontaneidade das declarações ou de algum comportamento ou função corporal.

Depreende-se de boa parte da doutrina nacional o emprego de classificação às intervenções corporais enquanto não invasivas ou invasivas, dependendo do grau de interferência e lesão ao corpo humano, à integridade física e psicológica do indivíduo, bem como, enquanto medidas que dependam de um comportamento ativo ou meramente passivo do sujeito.

No que concerne às provas não invasivas e que não dependam de conduta ativa do indivíduo, tais como, a revista pessoal, a apreensão de fio de cabelo ou saliva não mais atrelados ao corpo humano, marcas de sangue ou sêmen presentes em vestimenta ou no local do crime, material fecal, verifica-se a não incidência do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Sustentando-se tal posicionamento na ausência de afronta mínima à dignidade da pessoa humana, integridade física e psicológica, e intimidade, quando precedidas das formalidades legais, além de não exigir-se qualquer colaboração do cidadão¹⁹⁵ para obtenção do elemento de prova.

No que tange às provas corporais não invasivas que dependem de condutas ativas do indiciado/acusado, o Supremo Tribunal Federal possui sedimentado posicionamento quanto à impossibilidade de se compelir o indivíduo a participar de reprodução simulada dos fatos, de fornecer material gráfico para exame grafotécnico, e de ser submetido coercitivamente a teste etilométrico.¹⁹⁶

¹⁹⁵ “Em se tratando de prova não invasiva (inspeções ou verificações corporais), mesmo que o agente não concorde com a produção da prova, esta poderá ser realizada normalmente, desde que não implique colaboração ativa por parte do acusado. Além disso, caso as células corporais necessárias para realizar um exame pericial sejam encontradas no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, poderão ser recolhidos normalmente, utilizando os meios normais de investigação preliminar”. (LIMA, 2013, p. 46).

¹⁹⁶ Mateleto Filho enfatiza: “No tocante às condutas ativas, decidiu, o Supremo Tribunal, pela inadmissibilidade da exigência de participação em reconstituição do crime (RHC 64.354/SP), revogando prisão preventiva decretada em razão da recusa dos indiciados; de fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (HC 77.135/SP); bem como de submissão forçada ao teste etilométrico (HC 93.916/PA)”. (2012, p. 226).

Confirmando o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, posicionando-se de forma diversa, verifica-se o disposto por Pacelli de Oliveira:

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sequer vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre fundamentada no princípio constitucional da não auto-incriminação.

Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que o réu não era obrigado a fazer prova contra si. Igual ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido bafômetro, que vem a ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa. Aliás, parece-nos que o bafômetro deve ser criticado muito mais por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória, do que por suposta violação do direito ao silêncio.

Saliente-se que ambas as formas de ingerência corporal têm previsão expressa na lei (art. 174, CPP, e art. 277, Lei n.º 9.503/97), e, a nosso aviso, satisfazem, em tese, as exigências normalmente requeridas para a aplicação de semelhante modalidade probatória.

[...]

O que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o do soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade. E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fatos (art. 7º, CPP).

Não vemos, contudo, como a exigência de fornecimento de padrões gráficos possa afetar quaisquer dos valores protegidos pelo princípio da não auto-incriminação ou do direito ao silêncio, parecendo-nos exorbitante do âmbito de proteção da norma constitucional a referida decisão da Suprema Corte. (PACELLI DE OLIVEIRA, 2009, p. 345-346).

Fortalecendo o entendimento contrário ao posicionamento sedimentado no Supremo Tribunal Federal quanto à inadmissibilidade da intervenção corporal não invasiva que dependa de colaboração do indiciado/acusado, afirma Albuquerque:

Entre os meios de provas não invasivas, cuja realização pode depender de contribuição do acusado, podemos destacar o reconhecimento de pessoas e coisas, a prova documental (como regra) e algumas perícias, tais como o exame grafotécnico realizado a partir do fornecimento de padrões gráficos e outras que dependam do fornecimento de padrões de comparação que possam ser extraídos sem a utilização de procedimentos médicos e sem a invasão da esfera íntima do sujeito que as tolera.

Não é difícil perceber que, nessas provas, os direitos fundamentais do acusado não são sequer minimamente violados e, nessa perspectiva, a eventual incidência da garantia de não auto-incriminação não cumpre qualquer finalidade protetiva. Já destacamos que o fato de ser sujeito passivo em uma investigação criminal ou em um processo penal já afeta a dignidade de um indivíduo e implica uma série de aspectos mais ou menos incômodos em sua vida, mas que devem ser percebidos como necessárias consequências de sua posição processual. Quando chamado a participar do processo, o indivíduo acumula uma série de ônus e deveres, entre os quais o de acatar o que for determinado pelo Estado, enquanto esse aja de forma legítima e respeitadora dos direitos fundamentais de seus cidadãos. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 99-100).

Sustentando a inadmissibilidade das intervenções corporais não invasivas e invasivas que dependam de colaboração do indiciado/acusado por afronta ao *nemo tenetur se detegere*, porém, flexibilizando tal inadmissibilidade em caso de existência de regulação legal que restrinja o direito a não autoincriminação e de determinação judicial com sustentáculo no princípio da proporcionalidade, denota-se posicionamento de Queijo:

Aplicam-se às violações do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado as considerações antes tecidas em relação à ilicitude da prova e suas consequências.

As provas colhidas com infringência ao princípio em foco são ilícitas.

São exemplos de provas ilícitas por violação ao *nemo tenetur se detegere* a reconstituição do fato, que for produzida mediante coação exercida contra o acusado para que dela participe; o reconhecimento no qual se obrigue o acusado a ostentar determinada feição; o exame grafotécnico realizado em colheita de material gráfico do acusado sob pena de desobediência; o exame de DNA realizado mediante execução coercitiva de coleta de sangue do acusado.

Havendo lei restritiva do *nemo tenetur se detegere*, mister examinar se ela atende ao princípio da proporcionalidade. Se não atender, será eivada de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a prova colhida com suporte nela será ilícita.

Se a lei restritiva for compatível com a Constituição, a proporcionalidade da restrição deverá ser examinada em concreto. Se a restrição for determinada, mesmo não havendo proporcionalidade, haverá violação ao *nemo tenetur se detegere* e a prova colhida será ilícita. (QUEIJO, 2012, p. 458).

Ocorre que a afirmada condição letigimadora consistente em norma específica regulando o dever de colaboração do indivíduo nas intervenções corporais, efetivamente não existe em nosso ordenamento processual penal, sendo certo que a mera previsão legal acerca da realização de medidas incidentes sobre o corpo humano, como ocorre no art. 7º do CPP (reprodução simulada dos fatos),

art.174 do CPP (exame grafotécnico), e art. 277 da Lei n.º 9.503/97 (teste de alcoolemia-bafômetro) não satisfaz, já que nada consignam acerca da recusa do indivíduo e suas consequências.

Ademais, conforme exposto linhas retro, qualquer disposição legal visando mitigar o direito a não autoincriminação no ordenamento jurídico pátrio deverá ser chancelada pelo controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, sendo certo que, no primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado acerca da afronta ao *nemo tenetur se detegere* em caso de submissão coercitiva do indivíduo à provas corporais não invasivas que dependam de sua colaboração.¹⁹⁷

Na mesma esteira do entendimento da Corte Suprema, Grinover et al. (1995, p.116) afirmam que a tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o 'bafômetro', até porque ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Já em relação às denominadas provas invasivas consistentes em medidas que pressupõem penetração no organismo humano por substâncias ou instrumentos, em cavidades naturais ou não, implicando na invasão e extração de alguma parte dele, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a extração de glândulas salivares junto a boca do indivíduo, a identificação dentária, a endoscopia (usada para a localização de drogas no corpo humano), o exame do reto, a aplicação de enema ou similar para forçar evacuação, e a punção lombar, dependentes ou não de conduta ativa do indivíduo, denota-se acirrada discussão doutrinária quanto à admissibilidade ou não, e quanto à necessidade ou não de consentimento.

¹⁹⁷ Nesse sentido afirma Queijo: "O Supremo Tribunal Federal, porém, inclusive com suporte no *nemo tenetur se detegere*, tem afastado o dever de colaboração do acusado na produção das provas no processo penal, nos caso em que se exigir do acusado, para a produção da prova, uma colaboração ativa. Em julgado que data de 1987, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por votação unânime, que configura constrangimento ilegal a decretação de prisão preventiva de indiciados, diante da recusa destes em participarem de reconstituição do crime. Em 1991, a Corte Suprema, por maioria, voltou a decidir, quanto à reconstituição do fato, salientando seu caráter eminentemente probatório, que o acusado não pode ser compelido a dela participar, sob pena de configurar-se constrangimento ilegal, em razão do princípio *nemo tenetur se detegere*. Igualmente, no que diz respeito a exame grafotécnico, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 1998, que o indiciado não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, sendo cabível apenas a sua intimação para ofertar o material. Considerou o Tribunal que a comparação gráfica tem caráter essencialmente probatório e, diante do *nemo tenetur se detegere*, não pode o acusado ser compelido a produzir prova capaz de conduzir à caracterização de sua culpa. Afastou-se, ainda, no mesmo julgado, a possibilidade de a autoridade policial determinar ao indiciado a oferta de material gráfico, sob pena de desobediência." (2012, p. 312).

Quando se obtém o consentimento válido e expresso do sujeito passivo da medida, ampla doutrina entende pela admissibilidade das intervenções corporais não invasivas e invasivas, desde que não tragam risco à saúde ou à vida do cidadão, acentuando-se a discussão nas últimas em caso de dissentimento do indivíduo, onde respeitável doutrina sustenta o emprego de intervenções corporais compulsoriamente, desde que, precedida de regulação legal e autorização judicial.

Outra parte defende a aplicação de presunção desfavorável ao cidadão que recusa submeter-se à tais medidas invasivas ao corpo humano¹⁹⁸, e parte aduz a impossibilidade de submissão coercitiva do sujeito passivo da medida à intervenções corporais invasivas, dada a inexistência de idônea regulação legal e a patente afronta ao *nemo tenetur se detegere*.

Quanto às provas invasivas que consistem na submissão passiva do indivíduo à realização de determinados procedimentos para obtenção de material suscetível de perícia, tais como, extração de sangue e sêmem, de pelos, de saliva, colheita de fios de cabelo e outros mais, considerados invasivos, constata-se que a Corte Suprema ainda não se debruçou sobre o tema no âmbito processual penal, com

¹⁹⁸ Nesse sentido, afirma Marteleto Filho: “O posicionamento de João Cláudio Couceiro, de Eugenio Pacelli de Oliveira e Marcelo Schimer Albuquerque também não nos parece o mais adequado, na medida em que a inversão do ônus da prova não se afigura compatível com a presunção de inocência, o que causa uma verdadeira ruptura lógica no sistema, de maior custo do que a própria aceitação das intervenções coercitivas. Além disso, desconsideram, os respeitadores autores, as situações em que se faz necessária a realização de intervenção corporal coercitiva em terceiros (vítima ou testemunha), o que não se resolveria pela via da inversão do ônus da prova, desatendendo-se os deveres de proteção e o princípio da proporcionalidade no plano da adequação.” (2012, p. 158-159).

ressalva a Reclamação RCL nº 2.040/DF¹⁹⁹ (Caso Glória Trevi), julgada em 21/02/2002, no qual se autorizou a utilização da placenta que já se encontrava fora do corpo da gestante, para fins de produção de prova pericial de DNA para comprovação da paternidade, em caso de acusação de estupro, que, para Marteleto Filho sequer constitui intervenção corporal em sentido estrito.²⁰⁰

Caso similar amplamente veiculado no Brasil foi o do menino “Pedrinho”, cuja investigação policial visava levantar elementos de informação acerca da ocorrência de crime de sequestro quando este era recém-nascido em maternidade, e teria sido efetuado por Vilma Martins Costa, que o registrou como filho natural, onde, após a colheita de material genético junto ao primeiro, com expresse consentimento do mesmo, realizou-se exame de DNA e comprovou que Pedrinho não era filho biológico de Vilma, o que levantou fundadas suspeitas de que a outra filha Roberta Jamily Martins Borges também tivesse sido sequestrada na maternidade, já que a Sra. Francisca Maria Ribeiro da Silva também havia tido uma filha sequestrada ao nascer, na mesma data, sem solução do caso.

¹⁹⁹ “EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.” (STF, 2004).

²⁰⁰ “Com relação à exigência de conduta passiva, como o fornecimento de material genético para a realização de perícia, a Suprema Corte ainda não se defrontou diretamente com o tema na seara do processo penal. Houve apenas uma decisão (RCL. n. 2.040/DF), autorizando-se a coleta de material genético da placenta da gestante, sem sua autorização, para fins de exame de DNA, em investigação de delito de estupro. No rumoroso caso, a gestante encontrava-se recolhida em cela da polícia federal, e imputava o delito a policiais federais. Porém, deve se acentuar que o material a ser examinado já se encontrava fora do corpo da gestante, não se tratando, a rigor, de intervenção corporal em sentido estrito.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 226).

No caso de Roberta Jamily Martins Borges, a autoridade policial entendeu pela necessidade de produção de idêntica prova pericial consistente no exame de DNA, como ocorrera na investigação do caso “Pedrinho”, entretanto, diferentemente deste que concordou expressamente e forneceu material genético para realização do exame técnico, aquela se recusou a fornecê-lo.

Notificada a prestar declarações junto à delegacia de polícia e sendo fumante, acabou por descartar resto (“toco”) de cigarro que continha sua saliva em cinzeiro da referida delegacia, vindo a autoridade policial a recolhê-lo e encaminhá-lo imediatamente à perícia técnica para realização de exame de DNA, cujo resultado confirmou que Roberta não era filha de Vilma, a mulher que a criou, mas, sim, de Francisca Maria Ribeiro da Silva.

Tal diligência policial foi objeto de intenso embate doutrinário por conta do meio de obtenção da prova, acentuando-se discussão sobre a licitude da prova produzida, no qual se verificaram defensores da existência de violação do direito à intimidade de Roberta e que a prova não poderia ser aceita no processo.

E opositores a tal posição, que defenderam a admissibilidade da prova pericial, argumentando que o resto de cigarro fumado por Roberta e com suas glândulas salivares, uma vez descartado, transformou-se em lixo, ou seja, já estava definitivamente desatrelado do seu corpo, restando vencedora a corrente que entendeu lícita a conduta investigativa²⁰¹, com a aceitação da prova e condenação

²⁰¹ Conforme sentença condenatória no processo nº 200300794180 - Ré: VILMA MARTINS COSTA - 9ª Vara Criminal de Goiânia/GO, onde o magistrado assinalou: “Finalmente, ainda sob o enfoque prefacial, pretende a Drª Defensora a nulidade da prova pericial, consubstanciada no exame DNA, dado que, no seu entender, ilicitamente produzida, ocorrendo a violação da privacidade da vítima. Data vênia permito-me raciocínio diferente. Referida prova foi produzida, diga-se de passagem, graças à perspicácia da autoridade policial, Dr. Antônio Gonçalves Pereira dos Santos, que recolheu material dispensado pela própria vítima, qual seja guimba de cigarro, quando de sua passagem pela delegacia de polícia. Tal iniciativa, embora inusitada, de forma alguma pode representar violação à intimidade da vítima. Deve ser ponderado que ninguém a obrigou a fornecer qualquer material. A ação científica incidiu sobre objeto lançado na lixeira, repita-se, portanto, sem qualquer constrangimento à vítima. Note-se que se levarmos adiante esse rigoroso raciocínio, em pouco tempo a polícia científica ficaria de mãos atadas, impedida que estaria, por exemplo, numa cena de crime, de proceder a exames em vestígios de sangue ou outro material genético, sem que previamente se pudesse identificar a pessoa a quem pertencesse esse material e, feito isso, buscar sua autorização para o exame. Não se deve esquecer, no caso em apreço, que a autoridade policial objetivava a elucidação de um crime. E além do mais, com todo respeito à Drª Defensora, não consta que ela tenha procuração para defender os interesses da vítima. Como a intimidade é direito personalíssimo, somente a própria vítima poderia alegar violação. E não consta nos autos que ela tenha reclamado contra a apreensão da guimba de cigarro utilizada para o exame. Observe-se que sua “irmã” CRISTIANE MICHELLE também não se rebelou contra a realização do exame, no qual também foi utilizado material dispensado por ela.” (CONSULTOR JURÍDICO, 2003).

de Wilma, sentença condenatória esta, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁰²

Nesse sentido, afirmam Cunha e Gomes:

Partes desintegradas do corpo humano: não há, nesse caso, nenhum obstáculo para sua apreensão e verificação (ou análise ou exame). São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento do agente ou da vítima. O caso Roberta Jamile (o delegado se valeu, para o exame do DNA, da saliva dela que se achava nos cigarros fumados e jogados fora por ela) assim como o caso Glória Trevi (havia suspeita de que essa contora mexicana, que ficou grávida, tinha sido estuprada dentro do presídio; aguardou-se o nascimento do filho e o DNA foi feito utilizando-se a placenta desintegrada do corpo dela) são emblemáticos: a prova foi colhida (obtida) em ambos os casos de forma absolutamente lícita (legítima) (cf. Castanho Carvalho e, quanto ao último caso, STF, Recl. 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.02). (CUNHA; GOMES, 2012).

Nessa esteira, evidencia-se que as intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro possuem tratamento notadamente diferenciado, onde as medidas corporais consideradas não invasivas e que não dependam de colaboração do indivíduo possuem ampla aceitação tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, desde que obedecidas as formalidades legais.

O que não ocorre com as medidas que dependam de contribuição ativa do indiciado/acusado, onde o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado pela inadmissibilidade de tais provas por afronta direta ao *nemo tenetur se detegere*, já que passíveis de resultar em autoincriminação, salvo em caso de expresso consentimento.

No que tange às intervenções corporais consideradas invasivas, denota-se embate doutrinário acerca da admissibilidade das mesmas, onde, em caso de expresso consentimento do indiciado/acusado e desde que a medida não resulte em risco à vida ou à saúde, posicionam-se pela aceitação de tais provas.

No entanto, em caso de dissentimento do indivíduo, acentua-se a discussão doutrinária desde a posição extremada de submissão coercitiva do sujeito passivo da medida, passando pelo posicionamento concernente à presunção desfavorável

²⁰² HC 31.077/GO – Rel. Ministro Gilson Dipp.

ao cidadão²⁰³, até a impossibilidade de produção de tais provas por afronta ao *nemo tenetur se detegere*.

Quanto às últimas, a Corte Suprema ainda não se debruçou especificamente sobre as intervenções corporais invasivas, em especial, no caso de dissentimento do sujeito passivo da medida, aplicando o entendimento da inadmissibilidade das mesmas por afronta ao direito a não autoincriminação, assunto este, que ganha notório relevo a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012 que contempla a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético e será abordado no tópico seguinte.

Portanto, a partir das informações compiladas quando do estudo das intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a existência de discussão ainda tímida do assunto, especialmente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, havendo um emprego do *nemo tenetur se detegere* de forma ampla e genérica, abarcando sem maiores ônus argumentativos o direito a não produzir ou permitir que se produza quaisquer provas que possam autoincriminá-lo, discussão esta, insuficiente por tratar-se de situação de potencial colisão entre direitos fundamentais.

Destarte, tanto o posicionamento que estabelece um campo de atuação restrito ao direito a não autoincriminação, equivalente ao direito ao silêncio e às medidas que exijam um comportamento ativo do indivíduo, quanto o que assegura uma maior abrangência ao *nemo tenetur se detegere*, consistente no direito a não participação em quaisquer provas que possam incriminá-lo, ainda que tal participação seja meramente passiva, carecem de uma análise constitucional voltada à colisão de direitos fundamentais.

Sendo certo que tal análise deve voltar-se à verificação da existência de possíveis restrições constitucionalmente justificadas ao direito a não autoincriminação em face das intervenções corporais invasivas e dissentidas, e em caso de inexistência das mesmas, a proteção se mostrará definitiva e insuscetível de afronta, tornando inadmissíveis as referidas medidas corporais, o que será abordado à frente.

²⁰³ Seguindo o entendimento adotado na seara processual civil, conforme enfatizado por Queijo: “No processo civil, tem predominado a orientação de que não cabe condução ‘debaixo de vara’ para forçar o réu a cooperar na produção probatória. A questão tem-se resolvido no plano probatório, segundo as regras do ônus da prova. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 301, segundo a qual a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA, em ação de investigação de paternidade, gera presunção *juris tantum* de paternidade.” (2012, p. 309).

3.2 A LEI Nº 12.654/2012 E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS CONSISTENTES NA EXTRAÇÃO DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO

Em 25 de novembro de 2012 entrou em vigor a Lei 12.654/2012, alterando o art. 3º, IV²⁰⁴, da Lei 12.037/2011²⁰⁵, e acrescentando o art. 9º-A a Lei 7.210/1984²⁰⁶, regulando a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção de perfil genético para identificação criminal, abarcando a situação do indiciado durante as investigações policiais e do apenado já na fase de execução penal.

Com o advento da epigrafada normativa surgiu profunda discussão doutrinária acerca da legitimidade ou não de tais medidas, já que, em determinadas situações, incidem sobre o corpo humano de forma invasiva, acentuando-se ainda mais a discussão quanto à possibilidade de submissão coercitiva ou não do indivíduo, em colisão com o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois em se tratando de apenado, o acrescentado art. 9º-A da Lei 7.210/1984 estabelece expressamente a obrigatoriedade de submissão do réu à extração de DNA.

Nesse sentido, averigua-se a existência de doutrina que defende a possibilidade de intervenções corporais na seara processual penal, mesmo que invasivas ao corpo humano e independentemente de consentimento do sujeito passivo da medida, em caso de idônea regulação legal da matéria, e com adequada mediação judicial utilizando-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para tais adeptos, a possibilidade de intervenções corporais invasivas ao corpo humano, independentemente de consentimento do indivíduo, caminha na

²⁰⁴ “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: [...] IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; [...]” (BRASIL, 2009).

²⁰⁵ Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “Art. 5º [...] Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR) (BRASIL, 2012).

²⁰⁶ Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.” (BRASIL, 2012).

mesma direção dos ordenamentos europeus²⁰⁷ já mencionados no capítulo II, onde Alemanha (§ 81 “e” e “f” do StPO), Espanha (artigos 326 e 363 da Ley de Enjuiciamiento, com redação dada pela Ley Orgánica 15/2013), Itália (art. 224-bis do Código de Processo Penal italiano com redação dada pela Lei n. 85, de 30 de junho de 2009) e Portugal (artigos 154 e 156 do Código de Processo Penal Português), muito embora reconheçam o *nemo tenetur se detegere*, posicionam-se pela realização coercitiva de tais medidas.

Assim como, na mesma esteira do tratamento dado ao assunto por alguns ordenamentos sul-americanos, como a Argentina (art. 218-bis, introduzido pela Lei 26.549, de 27 de novembro de 2009), a Colômbia (art. 249 do Código de Processo Penal colombiano), o Chile (art. 197 do Código de Processo Penal chileno), e o Peru (art. 211 do Código de Processo Penal peruano), com exceção do Uruguai (art. 148 do Código del Proceso Penal uruguaio), que prevê intervenções corporais apenas consentidas e, em caso de dissentimento, presunção desfavorável ao indivíduo.

Sustentam ainda, que o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) não pode ser reconhecido como direito absoluto a ponto de salvaguardar a prática de ilícitos penais e inviabilizar investigações policiais e necessárias sanções aos infratores, estabelecendo um solo fértil à impunidade e à ineficácia da

²⁰⁷ Pacelli de Oliveira afirma: “As legislações européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul, como ocorre com a Argentina (art. 218, Código Procesal Penal de La Nación), por exemplo, prevêem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias. Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre com os exames para coleta de sangue, testes para a comprovação de DNA, desde que realizados por médicos, os testes de alcoolemia, fornecimento de padrões gráficos e de voz etc. para a realização de perícia técnica. É bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não auto-incriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades, que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si.” (2009, p. 345).

persecução penal, chegando Lopes Jr. ao máximo de afirmar que a Lei 12.654/2012 fulminou do direito brasileiro o *nemo tenetur se detegere*.²⁰⁸

Em que pese tal posicionamento, Marteleto Filho afirma que a Lei 12.654/2012 não solucionou o problema da submissão coercitiva do indivíduo às intervenções corporais, primeiramente, por entender que nada mencionou a respeito da situação do indiciado em sede de investigação policial, tendo silenciado quanto à obrigatoriedade de fornecimento de material genético, e por fim, enfatiza que a normativa não estabelece procedimentos, métodos e técnicas para extração compulsória de material biológico junto ao corpo do apenado. Nesse sentido, consigna:

Apesar da importância da inovação, a Lei não disciplinou – nem teve por escopo disciplinar – as intervenções corporais coercitivas em nosso sistema, deixando espaço para inúmeras questões, que ainda devem ser objeto de intenso debate doutrinário.

Como primeiro supedâneo a tal conclusão, tem-se que a Lei não fez qualquer alusão à possibilidade do emprego da coerção física para a coleta do material biológico junto ao indiciado, diante da possível recusa deste, nem tampouco regulamentou o procedimento a ser adotado para tal mister, elementos intrínsecos das intervenções corporais.

[...]

Por derradeiro, não há qualquer previsão para a prática da intervenção corporal no curso de processo penal, com o fito de se coletar material genético do acusado para fins de exame de DNA, sendo esta a finalidade típica das intervenções corporais aqui examinadas. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 161-162).

Outra discussão que ganha relevo em face da Lei 12.654/12, é que, muito embora a mesma tenha por fim originário a identificação criminal por meio da obtenção de material genético para realização de exame de DNA, revela-se inegável

²⁰⁸ Lopes Jr. enfatiza: “No Brasil, a Lei 12.654, de 28 de maio de 2012 (entrada em vigor dia 28 de novembro de 2012), prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo. A nova lei altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar, e, por outro lado, a Lei n. 7.210/1984 (LEP), que regula a Execução Penal. Portanto, em duas situações (investigado e apenado), o sujeito passivo está obrigado a submeter-se a intervenção corporal (voluntariamente ou mediante coerção) para fornecimento de material genético. Com isso, fulminou-se a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere*. [...] O fornecimento do material será feito de forma voluntária ou coercitiva. Se o imputado se dispuser a fornecer o material genético, será ele colhido e enviado para análise e armazenamento no banco de dados. Se houver recusa, poderá a autoridade policial empregar a força necessária para o cumprimento da ordem, como sói ocorrer em situações assim. Com o fim do ‘direito de não produzir provas contra si’, está o suspeito compelido a submeter-se a intervenção corporal, assegurando-se, apenas, que empregue uma ‘técnica adequada e indolor’.” (2013, p. 633-635-636).

seu caráter probatório, sendo certo que, no primeiro caso tem-se defendido a idéia de submissão compulsória do indivíduo, ao argumento de não se lhe ser legítima a recusa em identificar-se de forma idônea perante os agentes estatais responsáveis pelas investigações policiais.

Nesse viés, traz-se à baila posicionamento de Lima:

Recusando-se o investigado a colaborar, a despeito da presença de uma das hipóteses do art. 3º da Lei 12.037/09, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 260 do CPP que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado – é o caso da identificação criminal – a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

[...]

Como a identificação não importa em aceitação de culpa, não se pode objetar que a sua realização contra a vontade do agente viole a não autoincriminação, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, “g”). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII). Logo, pelo princípio da concordância prática ou harmonização, não se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais de alguém com a finalidade de registrar os dados da identidade física do provável autor do delito. Portanto, como se trata de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, evitando-se assim, o indesejável erro judiciário, o ideal é concluir que o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com o Estado para sua individualização. (LIMA, 2014, p. 122-123).

Já no que concerne aos fins probatórios da Lei 12.654/12, intensifica-se o debate doutrinário quanto à submissão coercitiva do indivíduo à coleta de material genético para realização de exame de DNA, seja em sede de investigação policial, seja em sede de execução penal (nos casos tratados na Lei), enquanto medida violadora do direito fundamental a não autoincriminação que estabelece que ninguém deve ser compelido a contribuir ativamente com as investigações e a acusação, bem como, a permitir que se produza prova autoincriminatória que dependa de sua participação.

Corroborando com tal entendimento, afirma Lima:

A novel identificação do perfil genético irá provocar muita controvérsia à luz do princípio que veda a autoincriminação. [...] Por isso, o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético, ou seja,

quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética.

Certamente, haverá quem diga que não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios (Lei nº 12.037/09, art. 3º, IV) – e não de sua identidade – será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA.

[...]

A propósito, convém lembrar que, aos olhos dos Tribunais, referido princípio impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por isso, em diversos julgados, o Supremo já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). (LIMA, 2014, p. 127-128).

Convém enfatizar que, anteriormente à Lei nº 12.654/02, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento acerca da impossibilidade de submissão coercitiva do cidadão à coleta de material genético para realização de exame de DNA, no julgamento do HC 71.373/RS, julgado em 10.11.1994 e de relatoria do Min. Francisco Rezek (relatoria para confecção do acórdão do Min. Marco Aurélio), muito embora o referido julgado tenha tratado de situação fática afeta a seara cível e consistente na obrigatoriedade ou não de submissão do suposto pai ao fornecimento de material biológico para realização de exame de DNA para comprovação de paternidade em ação competente, firmou importante precedente quanto ao tratamento da matéria na seara criminal.

Em decisão por maioria de votos o STF acordou pela impossibilidade de submissão compulsória do indivíduo à coleta de material biológico destinado a realização de exame de DNA para comprovação de paternidade, enquanto intervenção corporal invasiva ao corpo humano, posicionando-se pela inversão do

ônus da prova e presunção desfavorável ao suposto pai²⁰⁹, entendimento este, posteriormente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça²¹⁰, o que, inadmitte-se na seara processual penal quanto à presunção desfavorável ao indiciado/acusado em consagração ao princípio do Estado de Inocência estampado no art. 5º, LVII da Constituição Federal.²¹¹

Da entrada em vigor da Lei 12.654/2012, até o fechamento da presente pesquisa, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não se debruçou sobre a análise da constitucionalidade da normativa em questão, em especial, quanto à possibilidade de submissão coercitiva do indivíduo a intervenções corporais para coleta de material genético e realização de exame de DNA, seja na fase de

²⁰⁹ Nesse sentido, verifica-se trecho do voto do Min. Marco Aurélio: “[...] Ninguém será compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas-corpus – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a ‘Carta Cidadã – que consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade. Por tudo, peço vênias ao nobre Relator para conceder a ordem e cassar a determinação no sentido de o Paciente ser conduzido, ‘debaixo de vara’, para colheita do sangue viabilizador do exame, ao laboratório.” (STF, 1996).

²¹⁰ STJ Súmula nº 301 - 18/10/2004 - DJ 22.11.2004. Ação Investigatória - Recusa do Suposto Pai - Exame de DNA - Presunção *Juris Tantum* de Paternidade. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. (STJ, 2004).

²¹¹ Afirma Lima: “[...] De modo diverso, no processo penal, firmada a relevância do princípio da presunção de inocência, com a regra probatória que dele deriva, segundo a qual o ônus da prova recai exclusivamente sobre a parte acusadora, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva. Assim, supondo um crime sexual em que vestígios de esperma tenham sido encontrados na vagina da vítima, da recusa do acusado em se submeter a um exame de DNA não se pode presumir sua culpabilidade, sob pena de violação aos princípios do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência.” (2013, p. 47).

investigações policiais com o fito de produção de prova da autoria delitiva ou na fase de execução penal para abastecimento de banco de dados genético.

Outro ponto de intenso debate doutrinário diz respeito à expressa submissão coercitiva do condenado a intervenções corporais para extração de material biológico e realização de exame de DNA, para posterior abastecimento de banco de dados de perfis genéticos.

Primeiramente, por patente falta de técnica do legislador ao mencionar apenas a expressão “condenado”²¹², sem a indispensável circunstância da coisa julgada material decorrente do trânsito em julgado do decreto condenatório, pois, se condenado provisoriamente, impera em seu favor a maior de todas as presunções consistente na “presunção ou estado de inocência”, estampada no art. 5º, LVII da Constituição Federal, que veda dar tratamento de condenado a quem ainda não o foi definitivamente, não se admitindo assim, a inserção de seus dados genéticos em banco de armazenamento.²¹³

Não obstante à imprecisão supra, denota-se pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução da pena somente se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória, em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, não se admitindo, por consequência, a execução antecipada da pena.

Nesse viés, para os adeptos da prescindibilidade da expressão “condenado definitivamente”, somente se atribui a condição de “condenado” ao cidadão com sentença já transitada em julgado, de modo que o disposto no art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 estaria conforme a Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo, por conta da questionada constitucionalidade da Lei 12.654/2012 no tocante a criação de banco de dados genéticos para emprego na identificação criminal de suspeitos/indiciados, bem como, para utilização como fonte de prova em processos futuros, o que será debatido especificamente no tópico seguinte.

²¹²HC 84.078/MG, julgado em 05.02.2009, Relator Min. Eros Grau.

²¹³ “Ainda que a lei fale apenas em ‘condenados’, considerando a gravidade da restrição de direitos fundamentais, é imprescindível a existência de sentença condenatória transitada em julgado. Não é proporcional, e tampouco compatível com a presunção de inocência, impor-se tal medida em caso de sentença recorrível.” (LOPES JR., 2013, p. 637).

E por fim, em decorrência da expressa previsão de submissão coercitiva do cidadão condenado a intervenções corporais para extração de material genético, realização de exame de DNA e abastecimento de banco de dados, dispensando autorização judicial nesse sentido, tendo por único critério limitador de tais medidas constrictivas de direitos fundamentais, a condenação pela prática dolosa de crimes com emprego de violência de natureza grave contra pessoa, ou tipificados como hediondos pela Lei nº 8.072/1990.

Nesse viés, a primeira crítica apontada pela doutrina consiste na possibilidade de extração compulsória de material genético do “condenado” nas hipóteses legais, para abastecimento de Banco de Perfis Genéticos e utilização em investigações policiais e processos criminais futuros.

Necessário consignar que, o armazenamento das informações genéticas do condenado em banco de dados que poderá ser acessado futuramente pela autoridade policial durante o trâmite de inquérito policial, possui além de função identificatória, inafastável natureza probatória, consistindo tal banco de dados em meio de obtenção/manutenção de material biológico para produção de prova futura, em processos posteriores e sem qualquer vinculação com o que ensejou a condenação definitiva do cidadão.

Inobstante a existência de posicionamentos doutrinários acerca de uma suposta perda ou redução de direitos fundamentais do condenado definitivamente, tal afirmação não se sustenta ante o processo penal-constitucional pautado no sistema acusatório e com observância aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo certo que ao condenado limita-se tão somente a liberdade ambulatorial e seus desdobramentos lógicos (convívio social e familiar, trabalho, dentre outros), mantendo-se todos os demais direitos inerentes ao ser humano²¹⁴, tais como, a dignidade da pessoa humana²¹⁵, a integridade e intimidade física e psicológica²¹⁶, e a honra.

Mais que isso, com o enclausuramento do cidadão, além do assecuramento dos direitos e garantias fundamentais não atacados pela sentença ou pela Lei,

²¹⁴ Nesse sentido, estabelece o art. 3º da Lei 7.210/1984: “Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” (BRASIL, 2013, p. 577).

²¹⁵ Enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil estampado no art. 1º, III da Constituição Federal. (BRASIL, 2013, p. 15).

²¹⁶ Consagrado em nível de cláusula pétrea no art. 5º, XLIX da Constituição Federal, e em nível infraconstitucional junto ao art. 40, da Lei 7.210/1984 que estabelece: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos temporários.” (BRASIL, 2013, p. 19-581).

passa o condenado a ser de exclusiva responsabilidade do Estado, acentuando-se as obrigações deste, já que legitimado a privar a liberdade de locomoção com finalidade sancionatória.

Portanto, não se sustenta a tese de que, ao condenado definitivamente está legitimada a extração coercitiva de material biológico para realização de exame de DNA e armazenamento em banco de dados genético, e de forma automática, já que a condição de apenado não lhe conduz à posição de mero objeto de prova, ainda mais em se tratando de provas que serão utilizadas futuramente em investigações policiais e processos criminais sem qualquer vinculação com os fatos que ensejaram a condenação e extração do DNA.

Ao se estabelecer banco de dados de DNA que pode ser consultado para identificação criminal²¹⁷ e principalmente, para produção de prova da autoria delitiva de crimes futuros, está se autorizando a existência de provas pré-constituídas em face do cidadão, que, ainda não praticou qualquer outro delito a não ser o que ensejou sua condenação, acarretando numa presunção geral e abstrata de que voltará a delinquir, o que afronta de morte o princípio constitucional da Presunção de Inocência.

Nesse sentido, denota-se posicionamento doutrinário acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012²¹⁸, no tocante ao acréscimo do art. 9-A à Lei nº 7.210/1984, que apregoa a submissão coercitiva do “condenado” a intervenções corporais invasivas para extração de material biológico e

²¹⁷O registro de impressões digitais com o fito de identificação criminal encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, LVIII, que prevê a possibilidade de tal método de identificação de forma residual, somente nas hipóteses em que não for possível a identificação civil do cidadão e nas situações descritas em lei (Lei 12.037/2009), não se constituindo em afronta a direitos fundamentais por apresentar-se justificada constitucionalmente e pela menor lesão a tais direitos, já que se obtém por técnica não invasiva e que não depende, em regra, de postura ativa do indivíduo.

²¹⁸ “Pateticamente inconstitucional o artigo 9º - A da Lei das Execuções Penais, Lei 7.210/84, que foi acrescentado pela Lei 12.654, quando determina que os condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave à pessoa, e os chamados “crimes hediondos”, que são previstos na Lei 8.072/90, serão, de forma obrigatória, submetidos à identificação de seu perfil genético, pelo exame do DNA, cujos dados devem ficar armazenados num banco, que a lei diz que deve ser sigiloso, acessível apenas por ordem judicial, ou seja, um banco de perfis, até que se dê a prescrição da pretensão executória da pena, ou uma vez cumprida a pena que se perfaça o tempo necessário à reabilitação do condenado. Clama a justiça o fato de que, com a execução penal, por óbvio, nada mais há esclarecer. Então por que fazer uma identificação de perfil genético do executado, pelo seu DNA? Será para esclarecer crimes futuros? Afinal, onde estará o princípio da presunção de inocência? Ademais, se ninguém é obrigado a produzir prova contra si, então, qual a razão de tal perícia genética, nessa altura do processo? O caminho é sua inconstitucionalidade patética.” (ROMANO, p. 2).

armazenamento do perfil genético em banco de dados, assim, vejamos o que afirma o livre docente da UNESP Antônio Alberto Machado:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de “prova pré-constituída”, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Além disso, diz a lei, o condenado será obrigatoriamente submetido ao exame de DNA, subentendendo-se que deverá fornecer, compulsoriamente, o material biológico destinado a esse exame. Trata-se, pois, de norma que estabelece um aberto confronto com o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio – *nemo tenetur se detegere*.

Enfim, a constituição de um banco de dados genéticos, destinado a armazenar os perfis de criminosos, a par de ser uma medida que ameaça a intimidade e a confidencialidade de dados do genoma humano, favorecendo a ressurreição de teses e delírios tipicamente lombrosianos, é algo que afronta os princípios liberais da presunção de inocência, da não autoincriminação e da ampla defesa, numa convivência problemática com a ordem constitucional vigente. (MACHADO, p. 5-6).

Não bastasse toda a complexidade da matéria acima tratada e que envolve claramente a colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à prova enquanto desdobramento do devido processo legal e do contraditório, e de outro, o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), e demais direitos correlatos, ainda verifica-se o desacerto do legislador ao regular a possibilidade de extração compulsória de material genético de condenados sem a necessidade de decisão judicial prévia e devidamente fundamentada, autorizando tal medida invasiva ao corpo humano.

Novamente partiu o legislador da ideia de que o condenado não mais possui direito de autodeterminar-se quanto a medidas invasivas incidentes sobre o seu corpo e passíveis de acarretar na produção de provas autoincriminatórias.

O que fica evidente ao dispensar a reserva judicial para execução de tais intervenções corporais, e autorizar a automática extração compulsória de material genético, mostrando-se inadmissível até para os que defendem a possibilidade de

tais medidas, desde que precedidas de fundamentada decisão judicial com amparo no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.²¹⁹

Preferiu o legislador apresentar como únicos requisitos para a extração compulsória de elemento biológico para produção de exame de DNA e posterior abastecimento de banco de dados de perfis genéticos, a existência de condenação (que entendemos indispensável a irrecorribilidade), e que o delito tenha sido praticado dolosamente, com grave violência a pessoa ou definido como hediondo pela Lei nº 8.072/1990.

Acarretando numa geral e abstrata presunção de periculosidade e de possibilidade de reiteração de condutas por tais condenados, o que, igualmente, demonstra-se afrontoso ao Princípio da Presunção de Inocência.

Assim, reconhecendo a possibilidade de extração compulsória de elemento genético de condenados, independentemente de autorização judicial, no entanto, criticando a estigmatização e presunção desfavorável prevista no art. 9º-A da Lei 7.210/1984, com redação dada pela Lei 12.654/2012, afirma Lopes Jr.:

Quanto à extração de material genético do condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa, a situação é distinta.

Neste caso o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito a natureza do crime objeto da condenação. Infelizmente, parece que o legislador partiu de uma absurda presunção de “periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. Optou o legislador por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o chamado agora “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa”. (LOPES JR., 2013, p.636).

A Lei nº 12.654/2012, que prevê a possibilidade de submissão do cidadão a medidas corporais invasivas para extração de material genético e realização de exame de DNA, padece de inconstitucionalidade ao regular as denominadas intervenções corporais em sentido estrito, já que não se constitui em normativa

²¹⁹ Segundo Guridi: “Mantemos a conveniência de que as intervenções corporais sejam ordenadas por um órgão jurisdicional. Se aduzem argumentos que excepcionam tal reserva, mas não suficientemente sólidos para desvirtuar uma garantia de semelhante importância.” (1999, p. 310, tradução nossa). “*Mantenemos la conveniencia de que las intervenciones corporales sean ordenadas por un órgano jurisdiccional. Se aducen argumentos que excepcionan dicha reserva, pero no lo suficientemente sólidos para desvirtuar una garantía de semejante entidad.*”

idônea e suficiente à regulamentação de tais medidas, enquanto colidentes com direitos e garantias fundamentais.

Considerando-se que tais intervenções consubstanciam-se em medidas invasivas à dignidade da pessoa humana, à integridade ou intimidade corporal e psicológica, à honra, à liberdade ambulatorial e de autodeterminação informática, direitos fundamentais estes, abarcados pelo *nemo tenetur se detegere*, que por sua vez, é consectário do sistema acusatório e dos seus princípios regentes do devido processo legal e da ampla defesa.²²⁰

Não se concebe que, em nome da busca da verdade real e do interesse coletivo na correta aplicação da Justiça, se autorize uma persecução criminal ao arrepio dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em que a elucidação dos fatos e de suas circunstâncias seja determinada a todo custo e por quaisquer meios, característica marcante do sistema inquisitorial.

Incumbe ao Estado e seus agentes a busca pela correta aplicação da Justiça ao caso concreto, mas com estrita observância e respeito ao núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, no caso das intervenções corporais para obtenção de material genético e realização de exame de DNA, do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e direitos correlatos.

Portanto, inaceitável a conduta estatal de submeter o cidadão (indiciado ou condenado) a extração coercitiva de material genético para realização de exame de DNA, afrontando princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a ampla defesa, a honra, a intimidade corporal, a integridade corporal, a liberdade de autodeterminação informática, e, principalmente, o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), abrindo temerário precedente para uma atuação ilimitada do Estado na *persecutio criminis*.

²²⁰ Nesse sentido afirmam: “A inovação, nesse ponto específico (obrigatoriedade do fornecimento de material), nos parece inconstitucional (enquanto enfocada como obrigatoriedade no fornecimento de material genético). A Carta Maior elenca, no art. 5º, como garantias fundamentais de todo cidadão: a) não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); b) quando preso, ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...] (LXIII). Dessas garantias constitucionais resulta (por meio do princípio da interpretação efetiva) outra, qual seja, de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*), direito implícito na CF/88 e expresso no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada), da qual o Brasil é signatário. Diante desse quadro, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo.” (CUNHA; GOMES, 2012).

Outro aspecto da novel Lei que merece discussão é a necessidade de autorização judicial para submissão do indiciado à intervenção corporal consentida ou dissentida, por tratar-se de medida violadora de direitos fundamentais, tendo por ponto nevrálgico a possibilidade de determinação de ofício pelo magistrado.²²¹

A iniciativa e gestão probatória do magistrado expressamente reconhecida nos parágrafos I e II do art. 156 do Código de Processo Penal, é fonte de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial, onde parte da doutrina e dos Tribunais sustenta a constitucionalidade dos poderes instrutórios/probatórios com supedâneo nos princípios da busca da verdade real e do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, aliado à liberdade de apreciação dos meios de prova.

Ainda afirmam que a possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado não afronta o sistema acusatório pautado no Estado Democrático de Direito e na separação das funções essenciais, sendo supletivo ou complementar em observância ao ônus probatório das partes.²²²

Entendemos que a iniciativa probatória do juiz, no caso do art. 3º, IV da Lei nº 12.037/2009, com incidência da Lei nº 12.654/2012, onde lhe é possibilitado, de ofício, determinar antes do ajuizamento de qualquer ação penal a coleta de material genético para realização de exame de DNA, vai na contramão do processo penal

²²¹ Preveem os artigos 3º e 4º da Lei 12.037/2009: “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, **que decidirá de ofício** ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; (negrito nosso) Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado. Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. **Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).** (BRASIL, 2009, grifo nosso).

²²² Nesse sentido afirma Camargo Aranha: “Há um princípio geral: as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, em seu próprio interesse; contudo, faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar. Por tal motivo, isto é, por dispor o juiz de faculdades instrutórias visando suprir a inércia, a astúcia ou o descaso de uma das partes, a questão relativa ao ônus probatório no âmbito penal não assume a mesma relevância que no Juízo Civil. Todavia, se dispõe de poderes instrutórios, faculdade meramente supletiva, deve o juiz usá-los com toda a cautela, com a máxima prudência para que não se transforme, no processo, em parte acusadora ou defendente. [...] Adotando a nossa legislação o princípio publicístico do processo, os poderes do juiz foram alargados imensamente, passando de passivo para ativo, em consequência do que a ele foram conferidas novas possibilidades, acrescentando-se a de produzir e trazer para os autos elementos de convicção para a decisão final.” (ARANHA, 2006, p. 15-16).

constitucional-garantista enquanto desdobramento do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório.

A iniciativa investigatória/instrutória do magistrado corrompe a estrutura basilar do sistema acusatório consistente no princípio dispositivo, onde a gestão das provas está nas mãos das partes enquanto defensoras de interesses antagônicos e que prega a separação de funções entre a acusação e a defesa²²³, tendo por órgão julgador, terceiro autônomo, **imparcial** e equidistante às partes.

Não obstante tenha entendimento pela possibilidade de submissão coercitiva do indiciado ou apenado às intervenções corporais com o advento da Lei 12.654/2012, desde que precedida de fundamentada decisão judicial, Lopes Jr. faz sérias críticas à iniciativa probatória do magistrado em sede de investigação policial para determinar a execução de medidas incidentes sobre o corpo do indivíduo e realização de exame de DNA:

Infelizmente, em mais uma violação do sistema acusatório-constitucional e da própria estética de imparcialidade exigida do julgador, permite a lei que a extração de DNA seja determinada de ofício pelo juiz. É mais um sintoma da “cultura inquisitória” que ainda domina o processo penal brasileiro. Existe ainda uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de “necessidade para as investigações”. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, é um erro a atuação de ofício do juiz nesta seara. (LOPES JR., 2013, p.634-635).

Destarte, não bastasse a discussão central consistente na afronta ao direito a não autoincriminação decorrente da previsão legal de submissão coercitiva do

²²³Ferrajoli afirma que: “As diferenças entre sistema inquisitório e sistema acusatório que se manifestam no interrogatório do imputado são apenas um reflexo da alternativa epistemológica entre as duas opostas concepções da verdade processual que marcam os dois sistemas e condicionam em geral os métodos de prova. A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial e, conseqüentemente única, não pode ser de parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito deva ser arbitrado por um juiz terceiro. [...] À concepção monista da verdade corresponde o caráter monista e monológico da atividade processual, cujo único protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador e exige demais a colaboração do imputado. Entende-se que sobre essa base não há sentido falar em ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, de necessidade da prova: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado. Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. [...] Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que como se viu nos parágrafos 10.7 e 39.3 forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que o ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas. (2006, p. 561-562).

indivíduo (expressa em relação ao condenado, e para muitos, aplicável também ao investigado) às intervenções corporais para obtenção de material genético e produção de exame de DNA.

Ainda denota-se o permissivo legal de determinação *ex officio* pelo magistrado mesmo antes de qualquer ação judicial proposta, o que corresponde a patente desrespeito à estrutura basilar do sistema acusatório e suas funções essenciais.

Sustentamos a posição de que a conduta ativa investigativa-probatória do magistrado em determinar de ofício a coleta consentida ou dissentida de material genético do indiciado para realização de exame de DNA, corrompe a estrutura basilar do sistema acusatório, comprometendo a imparcialidade de quem já se antecipou na formação do conjunto probatório e conseqüentemente, na formação da culpa, antes mesmo do ajuizamento de qualquer ação penal.²²⁴

3.3 DO BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS INTRODUZIDO PELA LEI Nº 12.654/2012

Outra inovação advinda da Lei nº 12.654/2012 que acrescentou os artigos 5º-A²²⁵, 7º-A²²⁶ e 7º-B²²⁷ à Lei nº 12.037/2009, e o artigo 9º-A²²⁸ à Lei nº 7.210/1984, é

²²⁴ “O art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09, refere-se à possibilidade de a identificação criminal ser decretada de ofício pela autoridade judiciária competente, quando ela se mostrar essencial às investigações policiais. À evidência, esse agir de ofício pelo juiz competente na fase investigatória revela-se incompatível com a garantia da imparcialidade e com o sistema acusatório. Por isso, o ideal é concluir que, como garante das regras do jogo, o juiz só poderá intervir se for provocado nesse sentido.” (LIMA, 2014, p. 120-121).

²²⁵ Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. § 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. § 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (BRASIL, 2009).

²²⁶ Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. (BRASIL, 2009).

²²⁷ Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (BRASIL, 2009).

a criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos, tanto para fins de identificação criminal em fase de investigação policial, quanto na fase de execução penal para manutenção de banco de dados de DNA de condenados.

Tal disposição legal revela-se de constitucionalidade tão questionável quanto as intervenções corporais coercitivas para fins de identificação criminal e probatória já analisadas no tópico anterior.

Prevê a Lei nº 12.654/2012, a criação e manutenção de Banco de Dados de Perfis Genéticos abastecidos a partir da obtenção de material biológico e realização de exame de DNA do indiciado em sede de investigação policial e do condenado em sede de execução penal, tanto para fins de identificação criminal quanto para fins probatórios em processos criminais futuros.

Quanto à previsão de criação do banco de dados genéticos, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 12.654/2012, caminha no mesmo sentido de alguns países europeus, norte-americanos e mesmo sul-americanos, onde Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, França, Áustria, Holanda e Suíça, dentre outros, os países do *common law* Inglaterra e Estados Unidos da América²²⁹, além de Argentina, Chile e Colômbia, mantêm Bancos de Dados Genéticos, também conhecidos como Banco de Dados de DNA, cada qual com suas peculiaridades e condições de legitimidade e admissibilidade.

Ocorre que, mesmo em tais ordenamentos que já contemplam a existência de bancos de dados de perfis genéticos e sua utilização para identificação criminal e probatória, denota-se discussão quanto à constitucionalidade de tal banco de dados, em especial, no que concerne à possibilidade ou não de submissão coercitiva do

²²⁸ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (BRASIL, 2012).

²²⁹ “Com a finalidade de identificar os autores de fatos delitivos têm sido criados bancos de dados genéticos em diferentes países, como nos Estados Unidos, Dinamarca, Noruega, Finlândia, Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte, Suécia, Holanda, França, Itália, Áustria, Eslováquia, República Tcheca, Bélgica, Hungria, Suíça, Croácia, Polônia, Alemanha e Espanha.” (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 49).

indivíduo a intervenções corporais invasivas para obtenção de material biológico e realização de exame de DNA, para posterior abastecimento do banco.²³⁰

Os principais embates doutrinários pautam-se na colisão com direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a integridade e intimidade corporal, a honra, a liberdade ambulatorial e a autodeterminação informática, quando a submissão a intervenções corporais invasivas for determinada e realizada coercitivamente em caso de dissentimento do sujeito passivo.

Além da utilização das informações genéticas em investigações e processos criminais futuros, sem qualquer relação com os fatos que ensejaram a colheita do material e realização do exame pericial, e sem quaisquer limites ou controles.²³¹

Nessa esteira, afirma Guridi:

A criação de cadastros de DNA mediante o armazenamento dos resultados que registram os testes genéticos a partir dos vestígios biológicos obtidos após uma intervenção corporal, origina numerosas situações de colisão entre direitos e interesses contrapostos. Por um lado, os do indivíduo que percebe como dados relativos a sua pessoa são armazenados informaticamente com a conseguinte eventualidade de que sejam tratados automaticamente ou transmitidos a pessoas ou órgãos estranhos aos que praticaram a coleta; por outro, o interesse público em aproveitar as vantagens que reporta o uso das tecnologias informáticas no trabalho de esclarecimento de fatos delitivos.

São numerosos os questionamentos que levanta dita prática desde o ponto de vista jurídico relacionados em sua maioria com o princípio da proporcionalidade da ingerência. Por um lado, cabe levantar qual é o limite da informação que se tem de registrar, a impressão genética exclusivamente, ou outras informações de maior profundidade. Tampouco escapam das dúvidas de legitimidade outras questões inerentes ao tipo de delito e ao momento processual em que se encontra o imputado: ¿é extensível esta possibilidade aos delitos graves unicamente?, ou limitado ainda mais esta faculdade, ¿só aos que tem uma relação direta com os delitos contra a liberdade sexual por sua elevada possibilidade de reincidência?; ou cabe entender, pelo contrário, que não resulta conveniente excluir outras modalidades delitivas apesar da sua escassa gravidade ou seu afastamento a respeito das infrações cujo esclarecimento tenha a análise de DNA certa virtualidade; por outro lado, cabe perguntar-se se a

²³⁰ Para Guridi, somente devem ser armazenadas em bancos de dados genéticos as informações de condenados definitivamente: “Consideramos que a solução mais de acordo com o princípio da proporcionalidade e com o devido respeito à presunção de inocência exige que só as bandas de DNA das pessoas efetivamente condenadas possam ser objeto de tratamento automatizado.” (2000, p. 218-245, tradução nossa). “*Consideramos que la solución más acorde con el principio de proporcionalidad y con el debido respeto a la presunción de inocência exige que sólo las bandas de ADN de las personas efectivamente condenadas puedan ser objeto de tratamiento automatizado.*”

²³¹ Nesse sentido, afirma Marteleto Filho: “Os Bancos de Dados de DNA já existem em vários países, como os Estados Unidos, a Alemanha e a Espanha, sendo um produto do vertiginoso crescimento da utilização da investigação genética no campo criminal. As preocupações centrais da doutrina têm por objeto a liberdade de autodeterminação informativa no campo genético, a preservação da intimidade das pessoas, bem como a problemática possibilidade de utilização dos dados em processos penais futuros, sem limites de tempo, e sem quaisquer controles.” (2012, p. 163).

eventualidade do armazenamento informático dos dados relacionados com o DNA fica condicionada a que o indivíduo de quem procedem resulte efetivamente condenado ou se é suficiente que se veja imerso em um processo penal independentemente de seu resultado, ou, desde uma postura mais extrema se cabe, a legitimidade de criar bases de dados de DNA da totalidade da população sem exclusão alguma. (GURIDI, 2000, p. 218-219, tradução nossa).²³²

Assim, possuindo posicionamento pela imposição coercitiva de submissão do cidadão a medidas corporais invasivas para obtenção de material genético e abastecimento de banco de dados de DNA, verifica-se que Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Holanda, Chile, dentre outros, admitem tal prática por haver expressa disciplina legal.

Já em Portugal, a extração de material biológico e armazenamento dos resultados de DNA em banco de dados para identificação civil e criminal somente é admitida em caso de expresse e voluntário consentimento do cidadão, conforme disposto no art. 18 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro de 2008, com as alterações da Lei nº 40/2013, de 25 de junho de 2013.

No ordenamento jurídico brasileiro, a instituição do Banco de Dados de Perfis Genéticos, que segue claramente o modelo do CODIS norte-americano, tem motivado discussões doutrinárias, já que se constitui em mecanismo de dupla finalidade, onde a primeira consiste na identificação criminal de suspeitos da prática de crimes, especialmente quando indefinida ou incerta a autoria delitiva, servindo para comparação com os elementos biológicos localizados no local do crime, na

²³² “La creación de ficheros de ADN mediante el acopio de los resultados que arrojan los tests genéticos a partir de los vestígios biológicos obtenidos tras una intervención corporal, origina numerosas situaciones de colisión entre derechos e intereses contrapuestos. Por un lado, los del individuo que percibe cómo datos relativos a su persona son almacenados informáticamente con la consiguiente eventualidad de que sean tratados automatizadamente o transmitidos a personas u órganos extraños a los que practicaron la recopilación; por outro, el interes público en aprovechar las ventajas que reporta el uso de las tecnologías informáticas en la labor de esclarecimiento de hechos delictivos. Son numerosos los interrogantes que plantea dicha práctica desde el punto de vista jurídico relacionados en su mayoría con el principio de proporcionalidad de la injerencia. Por un lado, cabe plantear cuál es el limite de la información que se ha de registrar, la huella genética exclusivamente, u otras informaciones de mayor calado. Tampoco escapan de las dudas de legitimidad otras cuestiones inherentes al tipo de delito y al momento procesal en que se encuentra el inculpado: ¿es extensible esta posibilidad a los delitos graves únicamente?, o limitado aún más dicha facultad, ¿solo a los que tienen una relación directa con los delitos contra la libertad sexual por su elevada posibilidad de reincidência?; o cabe enteder, por el contrario, que no resulta conveniente excluir otras modalidades delictivas pese a su escasa gravedad o a su alejamiento respecto de las infracciones en cuyo esclarecimiento tenga el análisis de ADN cierta virtualidad; por outro lado, cabe preguntarse si la eventualidad del almacenamiento informático de los datos relacionados con el ADN queda condicionada a que el individuo de quien proceden resulte efectivamente condenado o si es suficiente con que se vea inmerso en un proceso penal independentemente de su resultado, o, desde una postura más extrema si cabe, la legitimidad de crear bases de datos de ADN de la totalidad de la población sin exclusión alguna.”

vítima ou vestimentas e objetos diversos, ou ainda, quando impossibilitada ou insuficiente a identificação civil e criminal pelos meios menos invasivos (datiloscópico, fotográfico etc.).

E a segunda finalidade consiste na possibilidade de utilização das informações genéticas contidas no banco de dados para produção de provas em investigações policiais e processos criminais futuros, quanto à autoria do crime e suas circunstâncias.²³³

Sendo certo que as críticas à produção de provas pré-constituídas em desfavor do cidadão, enquanto afrontosa ao Princípio da Presunção de Inocência, e à submissão coercitiva do indiciado ou condenado a intervenções corporais para obtenção de material biológico destinado a abastecimento do banco, já foram desenvolvidas no tópico anterior.

Convém enfatizar que o banco de dados de perfis genéticos, enquanto conduta estatal geradora de colisão entre direitos fundamentais, no intuito de mostrar-se justificado constitucionalmente, depende da existência de prévia e idônea regulação legal que verse sobre a criação, os métodos e procedimentos para obtenção de material genético, as fontes de obtenção do DNA (sangue, saliva, fio de cabelo, pelos, urina e etc.), as formas de obtenção (consentida ou dissentida), e em caso de dissentimento do indivíduo, quais as medidas a serem adotadas, bem como, a forma e legitimidade para acesso aos dados genéticos.

Além disso, faz-se necessária a regulação específica do tempo em que a informação genética constará do banco de dados, e as formas de exclusão do mesmo, a fim de evitar-se que a informação seja eternizada.

Nesse diapasão, verifica-se a existência de posicionamento, mesmo de defensores da constitucionalidade da instituição de Banco de Dados de Perfis Genéticos no ordenamento jurídico pátrio, de que a Lei nº 12.654/2012 revela-se de previsão e regulação insuficiente e inidônea.

Fortalecendo tal entendimento, Marteleto Filho faz sérias críticas a Lei nº 12.654/2012, e enfatiza:

²³³ Dada a inafastável colisão de direitos fundamentais decorrente da manutenção de banco de dados para fins probatórios em face do direito a não autoincriminação e demais direitos correlatos, afirma Lopes Jr. “[...] que o acesso ao banco de dados de DNA deve ser utilizado como *ultima ratio*, por requerimento fundamentado quanto à imprescindibilidade de tal prova, devendo a decisão que autoriza o acesso ser igualmente motivada.” (LOPES JR., 2013, p. 637).

Como se anotou alhures, o artigo 1º da Lei possibilita a coleta de material biológico do indiciado para fins de determinação do perfil genético e de identificação criminal. Uma vez obtido o perfil genético, determina, o art. 2º, seu armazenamento no Banco de Dados, até que transcorra o prazo prescricional do delito. Não se regulamentou a exclusão do perfil diante de possível arquivamento do inquérito policial ou de sentença absolutória, o que seria de todo recomendável, como prevê, por exemplo, a *Ley Organica* 10/2007 espanhola.

[...]

Por sua vez, o artigo 3º da Lei – que deu nova redação ao artigo 9º da Lei de Execuções Penais, (Lei 7.210/84), - determina a extração de material genético dos condenados por delitos praticados mediante “violência grave contra a pessoa”, bem como por delitos elencados na Lei 8.072/90. Apesar de a Lei se referir à extração por “técnica adequada e indolor”, padece gravemente de devida regulamentação, não especificando o tipo do material que pode ser extraído (sangue, urina, pêlo, cabelo, saliva, etc), o que se fazia necessário para a restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Face à regulamentação omissa, deve se admitir apenas a coleta não invasiva (de pêlo, cabelo ou saliva), não se afigurando legítima a extração de sangue, de caráter invasivo. (MARTELETO FILHO, 2012, p.162-164).

Portanto, a criação de Bancos de Dados de Perfis Genéticos para extração coercitiva de material biológico dos condenados, e implicitamente, segundo alguns doutrinadores²³⁴, dos suspeitos/indiciados em sede de investigação policial, e o armazenamento para fins de identificação criminal e de prova pré-constituída em investigações e processos futuros, necessita de expressa e suficiente regulação legal para a verificação da possível justificação constitucional da restrição a direitos fundamentais, sem o que, padecerá de inconstitucionalidade.

A norma regulamentadora além de expressa deverá ser idônea e suficiente, dada a complexidade da matéria que envolve colisão de direitos fundamentais, abordando de forma objetiva os crimes passíveis de extração de material genético de seus autores (a quantidade da pena máxima apresenta-se como critério observado em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros), a forma gradual dos meios de sua obtenção (dos menos invasivos aos mais invasivos), os métodos e procedimentos para extração (consentido ou dissentido, e em caso de dissentimento, quais os procedimentos alternativos), o consentimento para abastecimento do banco de dados, além do tempo de manutenção das informações genéticas e as formas de extinção das mesmas do banco de perfis genéticos.

²³⁴ “A lei não diz (e nem precisaria), mas em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, ‘a força’. A única ‘garantia’ é o emprego de técnica ‘adequada e indolor’. A lei disciplina a retirada coercitiva, porque voluntariamente sempre esteve autorizada e nem precisaria de qualquer disciplina legal (íntegra o direito de defesa positivo).” (LOPES JR., 2013, p. 634).

E ao tratar de disposição legal expressa e idônea, denota-se que a Lei nº 12.654/2012 consignou que a regulamentação do banco de dados de DNA seria de competência do Poder Executivo, vindo este, em março de 2013, a publicar o Decreto n.º 7.950/2013 e instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos, tendo por gestor a unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, capitaneada por um Comitê Gestor.

Ocorre que o referido decreto não satisfaz a indispensável regulação legal expressa e idônea para existência e validade do banco de dados de DNA, enquanto medida violadora de direitos fundamentais, tendo apenas tratado da criação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, da composição do comitê gestor, atribuições e competências²³⁵, dos fins empregados ao material genético colhido e armazenado no banco, e do modo de exclusão.²³⁶

Acabou por não regular assunto de suma importância, consistente no abastecimento e manutenção de informações genéticas em banco de dados de DNA sem o consentimento do cidadão, confirmando a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012 no tocante à possibilidade de submissão coercitiva do suspeito/indiciado (implicitamente para alguns) e do condenado (explicitamente) a intervenções corporais invasivas para obtenção de material biológico.

Verifica-se do Decreto nº 7.950/2013, a incumbência do Comitê Gestor em assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados, no entanto, nada mencionando acerca do prévio e voluntário consentimento do indivíduo que terá seus dados genéticos armazenados.

²³⁵ “Art. 5º Compete ao Comitê Gestor: I - promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos; II - definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; III - definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; IV - definir os requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos; e; V - elaborar seu regimento interno.” (BRASIL, 2013).

²³⁶ Já que foi omissivo em relação à exclusão das informações genéticas junto ao banco de dados e destruição das amostras em caso de arquivamento do inquérito policial, não oferecimento ou rejeição da denúncia ou queixa-crime, trancamento da ação penal, absolvição sumária e absolvição. Nesse sentido afirma Lopes Jr.: “Significa dizer que, rejeitada a denúncia em relação ao investigado ou absolvido sumariamente ou absolvido ao final do processo, poderá o interessado (não mais réu, pois absolvido ou nem recebida a acusação em relação a ele) solicitar a retirada do seu material genético e respectivos registros, do banco de dados.” (2013, p. 636).

A exigência de prévio e voluntário consentimento do cidadão consubstancia-se em verdadeiro princípio quando se trata da constituição e manutenção de bancos de dados de perfis genéticos.

Nesse sentido Corrêa (2010, p. 138) afirma que, a partir da Declaração de Nuremberg, o consentimento passou a ser pré-requisito para quaisquer pesquisas genéticas que importem em disposição corporal, e passou a ser observado em diversos ordenamentos jurídicos, tratados e convenções internacionais²³⁷, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos (1997), a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (1997), a Convenção do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Medicina (1997).

Prossegue a referida autora, consignando a indispensabilidade do livre e esclarecido consentimento do indivíduo que terá suas informações genéticas armazenadas em banco de dados de DNA:

A exigência ético-jurídica do consentimento livre e esclarecido nas pesquisas envolvendo seres humanos parte da idéia de proteção da pessoa focada no seu aspecto material. De modo que, de acordo com os princípios da autonomia pessoal e da intangibilidade da pessoa, não se admite a intervenção no corpo humano sem a autorização da pessoa (embora a simples autorização não legitime toda e qualquer intervenção).

Esse princípio é estendido às pesquisas em genética e, especialmente, às pesquisas que envolvem a constituição de bancos de DNA ou bases de dados genéticos. Todavia, nessas pesquisas o que está em questão não é a intangibilidade pessoal. De fato, ela perde, em geral, importância, pois o grau de intervenção e de riscos à integridade física é, na maioria dos casos, mínimo. A finalidade da intervenção não é elemento físico, mas a obtenção das informações que repousam sobre um elemento material (as amostras de DNA).

Nesses casos, o consentimento livre e esclarecido visa proteger a autonomia pessoal e o direito à intimidade. Quanto a este, a proteção da intimidade diz respeito, de um lado, à defesa contra qualquer intervenção corporal sem autorização (mesmo sem risco à integridade física); de outro, ao controle sobre as informações pessoais, dentre as quais se incluem as informações genéticas – que podem causar danos a aspectos não

²³⁷ “No que concerne à coleta, ao uso e à exploração das informações genéticas humanas, e diante das preocupações do público com as pesquisas genéticas, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos da UNESCO (1997) reforça a necessidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido no seu art. 5º, ‘b’. Especificamente sobre a matéria, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO estabelece que: Art. 8º [...] (a) O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteômicos humanos ou de amostras biológicas, quer ela seja efectuada por métodos invasivos ou não invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.” (CORRÊA, 2010, p. 139).

corporaisdo sujeito, cuja exposição perante a comunidade também depende de autorização específica da pessoa. (CORRÊA, 2010, p.140-141).

Destacado o princípio do consentimento em se tratando de armazenamento de informações genéticas do cidadão em banco de dados de DNA, que poderá ser acessado posteriormente para identificação criminal e produção de provas em processos futuros, discorre ainda a autora (CORRÊA, 2010, p.142), trazendo à baila o princípio da finalidade do consentimento, segundo o qual, a utilização dada ao material biológico colhido e armazenado deve estar diretamente vinculada à finalidade para a qual consentiu, sob pena de ser compreendido como sem consentimento.

Em matéria de criação, abastecimento e manutenção de bancos de dados genéticos, conforme exposto nos parágrafos anteriores, ressaem princípios específicos como a autodeterminação informática²³⁸, o consentimento prévio e voluntário²³⁹, a finalidade do consentimento, a finalidade²⁴⁰, a privacidade²⁴¹ e a

²³⁸“No caso que nos ocupa, a ingerência na esfera mais reservada do indivíduo se produz em diferentes momentos. Por um lado, a prática das intervenções corporais necessárias para a obtenção do material biológico necessário. Esta atuação pode incidir na intimidade corporal do interessado quando a obtenção de mostras afete a zonas do corpo que conforme à estimacão social se considere que lesionam o recato ou pudor corporal e na maioria dos suposiçõess na integridade corporal garantida no art. 15 CE. Após esta primeira intromissão, a análise genética do material celular obtido constitui uma nova ingerência na esfera do indivíduo, mais concretamente no que se tem vindo a denominar intimidade genética. Mas não se esgotam aqui os possíveis danos que pode experimentar a pessoa à que se procede a extrair amostras corporais e posteriormente a realizar uma análise genética; a circunstância de que se incorporem os resultados obtidos da análise a um cadastro ou banco automatizado supõe um *plus* lesivo nos direitos fundamentais daquele, neste caso a autodeterminação informativa.” (GURIDI, 2000, p. 242-243, tradução nossa). “*En el caso que nos ocupa, la injerencia en la esfera más reservada del individuo se produce en diferentes momentos. Por un lado, la práctica de las intervenciones corporales necesarias para la obtención del material biológico necesario. Esta actuación puede incidir en la intimidad corporal del interesado cuando la obtención de muestras afecte a zonas del cuerpo que conforme a la estimación social se considere que lesionam el recato o pudor corporal y en la mayoría de los supuestos en la integridad corporal garantizada en el art. 15 CE. Tras esta primera intromisión, el análisis genético del material celular obtenido constituye una nueva injerencia en la esfera del individuo, más concretamente en lo que se há venido a denominar intimidad genética. Pero no se agotan aquí los posibles menoscabos que puede experimentar la persona a la que se procede a extraer muestras corporales y posteriormente a realizar un análisis genético; la circunstancia de que se incorporen los resultados obtenidos del análisis a un fichero o banco automatizado supone un plus lesivo en los derechos fundamentales de aquél, en este caso la autodeterminación informativa.*”

²³⁹ “Nesse sentido, deve-se levar em consideração o fato de que qualquer regulamentação da utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil deve partir do consentimento do titular dos referidos dados, de forma a preservar os direitos e garantias fundamentais inscritos na nossa Constituição, em especial o já referido direito à não autoincriminação a que se refere o art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna. Este consentimento se apresenta como o pilar essencial sobre o qual se deve assentar toda a produção normativa que se refira ao tema, a exemplo da regulamentação do tema na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 7 de dezembro de 2000, anteriormente referida, que, no seu artigo 8, expressamente prevê que o consentimento da pessoa afetada – ou outro fundamento legítimo previsto na lei – é fundamental para o tratamento dos dados de caráter pessoal.” (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 82).

confidencialidade²⁴², a não discriminação e não estigmatização²⁴³, dentre outros, enquanto desdobramentos do princípio constitucional da intimidade e da autonomia pessoal.

E em se tratando da inobservância dos supracitados princípios quando da criação, abastecimento e manutenção de banco de dados de DNA, verifica-se discussão doutrinária no tocante à afronta ao princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, quando tais informações forem aptas a gerar uma presunção de culpabilidade em todos os indivíduos registrados no referido banco de dados.

Nesse diapasão, afirma Guridi:

A criação de cadastros genéticos onde se incorporem os dados de DNA correspondentes à população em geral ou sem as limitações a que nos referimos é totalmente desproporcional atendendo à relação de direitos fundamentais que podem versar afetados, gera uma presunção de culpabilidade em todos os sujeitos registrados em tais cadastros que serão objeto de um contraste ou comparação automática com as impressões correspondentes aos vestígios encontrados e, além do mais, se incorporam esses dados em uma dinâmica que, como temos comprovado, foge do regime geral de proteção de dados de caráter pessoal amparando-se no

²⁴⁰ Segundo Corrêa: “[...] b) princípio da finalidade: os dados devem ser utilizados para a finalidade especificamente designada no momento da recolha; a finalidade, por óbvio, deve ser legítima e estar em conformidade com o ordenamento jurídico; [...]” (2010, p. 151).

²⁴¹ “A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, em seu artigo 9º, faz alusão, em especial, à privacidade informacional. Neste cenário, a privacidade é compreendida, portanto, como um direito de não sofrer, sem seu consentimento, a divulgação de informações sobre sua intimidade. A limitação do acesso à vida privada dos indivíduos se estende aos produtos corporais e aos objetos, aos documentos, aos dados intimamente coligados e aqueles armazenados em bancos de dados. Tudo isso nos remete ao debate sobre o acesso às informações pessoais em bases informatizadas. Atualmente, a obtenção de informações pessoais dos cidadãos é uma ação corriqueira e que pode gerar, com frequência, ameaças à privacidade individual e provocar uma progressiva diminuição do domínio de liberdade das pessoas. Diferentes tipos de bancos de dados informatizados utilizam dados pessoais, podendo implicar em agravos à privacidade dos indivíduos. Tais agravos são especialmente relevantes quando se trata do armazenamento de dados denominados de sensíveis – histórico clínico, dados referentes à orientação política e sexual, à cor e ao histórico trabalhista –, que podem expor a intimidade dos indivíduos.” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 33).

²⁴² “Desse modo, embora o consentimento ocupe o centro do debate em torno dos bancos e bases de dados genéticos humanos, percebemos, claramente, uma relativização de sua exigência, devido ao deslocamento do problema para garantia da confidencialidade dos dados. Assim, a questão se dirige pela necessidade de obter o consentimento para a coleta. Para os futuros usos das amostras e das informações a elas associadas, importa, sobremaneira, a discussão sobre a proteção dos dados pessoais e, a garantia da confidencialidade, seja pela codificação seja pela anonimização definitiva.” (CORRÊA, 2010, p. 173).

²⁴³ “Vale destacar a relevância que o princípio da não discriminação e não estigmatização possui em questões que envolvam dados sensíveis, como as informações genéticas. A inclusão compulsória de indivíduos condenados por crimes específicos no banco de perfis genéticos pode ser entendida como discriminatória, considerando a possibilidade de que alguns grupos da população podem estar super-representados nele. Outra possibilidade, mesmo que remota, seria a utilização do material genético para fins diversos daquele para o qual foi coletado. Como, por exemplo, o risco de se usar estas informações para fins de pesquisa de caráter eugênico ou em pesquisa com genes associados à violência e aos comportamentos antissociais.” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 33).

sempre convincente argumento na opinião pública da repressão da criminalidade. (GURIDI, 2000, p. 243, tradução nossa).²⁴⁴

Assim, o abastecimento de Banco de Dados de Perfis Genéticos para fins investigatórios e probatórios com informações genéticas de suspeitos/indiciados ou condenados, consentido ou não, acarreta em presunção de culpabilidade, onde atribui-se a estes uma maior probabilidade de que voltarão a delinquir, por conta da estigmatização de determinados delitos, o que é um retrocesso quando analisado à luz do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório em que se pauta o processo penal-constitucional.

Necessário mencionar ainda, a preocupação do legislador ao acrescentar o § 1º ao art. 5º-A da Lei nº 12.037/2009 (com redação dada pela Lei nº 12.654/2012), que estabelece que as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

O que caminha na mesma linha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, com exceção da Alemanha²⁴⁵, que reconhecem e mantêm bancos de perfis genéticos, admitindo apenas o abastecimento com a parte não codificante do DNA, justamente para impedir o acesso a informações codificantes e dados sensíveis do DNA humano, como pré-disposições a doenças, características físicas e familiares, e demais aspectos da personalidade.

Tal preocupação de acesso apenas à base não codificante do DNA humano sustenta-se tanto pela incessante busca evolucionista da ciência por informações mais precisas e abrangentes, quanto pela possibilidade de utilização irregular e abusiva das informações genéticas para fins diversos, o que afrontaria gravemente princípios como a dignidade da pessoa humana, a intimidade e vida privada, a autodeterminação informática, dentre outros.

²⁴⁴ “La creación de ficheros genéticos donde se incorporen os datos de ADN correspondientes a la población general o sin las limitaciones a que nos referimos es totalmente desproporcionada atendiendo a la relación de derechos fundamentales que pueden verse afectados, genera una presunción de culpabilidad en todos los sujetos registrados en dichos ficheros que serán objeto de un contraste o comparación automática con las huellas correspondientes a los vestígios hallados y, además, se incorporan esos datos en una dinámica que, como hemos podido comprobar, huye del régimen general de protección de datos de carácter personal amparándose en el siempre convincente argumento en la opinión pública de la represión de la criminalidad.”

²⁴⁵ “A Alemanha é o único país que não dissocia os dados pessoais dos dados genéticos de cada indivíduo, mantendo-os em uma mesma base.” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 36).

Acerca da indispensabilidade de limitação do armazenamento e acesso em banco de dados de perfis genéticos à base não codificante do DNA humano, enfatiza Guridi:

Uma das questões relativas à aplicação forense das técnicas de DNA mais estreitamente vinculadas com o princípio da proporcionalidade a que nos referimos, é a que gira em torno dos limites na extensão da investigação genética. Ao referirmos ao fundamento científico das técnicas genéticas tem ficado estabelecido que estas podem estender-se ao âmbito codificante ou expressivo do DNA ou ao que não merece esta condição. Como pode facilmente evidenciar-se, a incidência na esfera jurídica do indivíduo é de uma intensidade muito diversa dependendo de que se opte por uma ou outra extensão.

Afirma a respeito LEMKE que a investigação do âmbito não codificante do DNA tem por objeto exclusivamente a estrutura formal das sequências de bases e não põe às claras informação sobre as qualidades hereditárias do indivíduo. A isso se une, como temos antecipado, a circunstância de que dito âmbito não codificante se caracteriza por sua variabilidade entre os indivíduos o que lhe atribui efeito identificador necessário em sua aplicação forense e determina, por sua vez, que, em correspondência com a menor incidência, as precisas medidas de proteção do direito à personalidade sejam igualmente de menor intensidade. (GURIDI, 2000, p. 86-87, tradução nossa).²⁴⁶

Destarte, a normativa em questão afronta vários direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a integridade e intimidade corporal, a autodeterminação informacional e a presunção de inocência, desde a submissão coercitiva do indivíduo a intervenções corporais invasivas para obtenção de material biológico, realização de exame de DNA e posterior inserção em banco de dados genéticos, até a manutenção do referido banco de dados sem prévio e voluntário consentimento.

Não obstante a existência de disposição legal expressa consistente na Lei nº 12.654/2012, autorizando a criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos no ordenamento jurídico brasileiro, vindo a ser regulamentado posteriormente pelo

²⁴⁶ “Una de las cuestiones relativas a aplicación forense de las técnicas de ADN más estrechamente vinculadas con el principio de proporcionalidad al que nos referimos, es la que gira en torno a los límites en la extensión de la investigación genética. Al referirnos al fundamento científico de las técnicas genéticas ha quedado establecido que éstas pueden extenderse al ámbito codificante o expresivo del ADN o al que no merece esta condición. Como puede fácilmente evidenciarse, la incidencia en la esfera jurídica del individuo es de una intensidad muy diversa dependiendo de que se opte por una u otra extensión. Afirma al respecto LEMKE que la investigación del ámbito no codificante del ADN tiene por objeto exclusivamente la estructura formal de las secuencias de bases y no pone al descubierto información sobre las cualidades hereditarias del individuo. A ello se une, como hemos anticipado, la circunstancia de que dicho ámbito no codificante se caracteriza por su variabilidad entre los individuos lo que le atribuye el efecto identificador necesario en su aplicación forense y determina, a su vez, que, en correspondencia con la menor incidencia, las precisas medidas de protección del derecho a la personalidad sean igualmente de menor intensidad.”

Decreto nº 7.950/2013, averigua-se que tal medida violadora de direitos fundamentais reveste-se de inconstitucionalidade.

Primeiramente, porque incide na mesma causa de inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012 no tocante à submissão coercitiva do suspeito/indiciado (implicitamente) e do condenado a medidas corporais invasivas, ao determinar que, obrigatoriamente será colhido o material genético, realizado exame de DNA e armazenado no banco de dados, contrariando tratados e convenções internacionais regentes da matéria e que exigem prévio e voluntário consentimento do cidadão que terá seus dados inseridos e mantidos no banco.

Além disso, ao admitir o armazenamento de dados sem consentimento do indivíduo, acaba por afrontar os princípios específicos regentes da matéria, consistentes na autodeterminação informática, no consentimento prévio e voluntário, e na finalidade do consentimento, integrantes da dignidade da pessoa humana, intimidade e honra privada, expressamente reconhecidos em diversos tratados internacionais, incorrendo em inconstitucionalidade.

Apresenta-se como inconstitucional ainda, pelo fato de afrontar diretamente os princípios do estado de inocência ou da não culpabilidade, e da não discriminação e não estigmatização, uma vez que, o banco de dados de DNA possui inegável caráter probatório em relação a fatos futuros.

Tendo o legislador partido de uma presunção de que os suspeitos/indiciados ou condenados por crimes cometidos com violência grave contra a pessoa ou definidos em Lei como hediondos estão mais propensos a reiteração de tais condutas, buscando assim, legitimar uma presunção desfavorável e desproporcional a um determinado grupo de cidadãos, o que é inadmissível frente ao Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório.

Ainda que se considere como pressuposto para uma possível admissão do banco de dados de DNA a existência de expressa regulação legal, evidencia-se que nem a Lei nº 12.654/2012, tão pouco o Decreto nº 7.950/2013, mostraram-se suficientes e idôneos à regular matéria de tamanha controvérsia e colisão de direitos fundamentais.

Apresentam-se insuficientes e inidôneos ao omitir elementos indispensáveis à regulação da matéria, como as fontes de obtenção do material genético (sangue, saliva, pelo, cabelo, urina), os métodos e procedimentos, e a forma de obtenção (necessariamente consentida, se por medida corporal invasiva).

E em caso de dissentimento do indivíduo, quais as medidas alternativas a serem adotadas, bem como, as formas de exclusão dos dados pessoais do banco de perfis genéticos (em caso de arquivamento do inquérito policial, de não oferecimento ou rejeição de denúncia ou queixa-crime, de absolvição sumária ou por sentença final).

Assim sendo, ainda que se admita a possibilidade de criação de bancos de dados de DNA para fins de identificação criminal e de prova em relação a fatos futuros, desde que, precedida de regulação legal com definição dos requisitos autorizadores e critérios a serem observados, que a justifique constitucionalmente, enquanto medida restritiva a direitos fundamentais, constata-se que a Lei nº 12.654/2012 e o Decreto nº 7.950/2013 mostraram-se insuficientes a tal fim, incorrendo em inconstitucionalidade, o que ainda não foi objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

3.4 DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO TOCANTE ÀS INTERVENÇÕES CORPORAIS

No primeiro capítulo abordou-se o direito à prova no Estado Democrático de Direito enquanto desdobramento do direito de ação e de defesa, igualmente integrantes do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Demonstrou-se ainda, que o direito a produção de provas no sistema acusatório pautado no Estado Democrático de Direito prima pela liberdade dos meios de prova ou não taxatividade probatória, onde somente são inadmitidas as provas consideradas ilícitas ou moralmente ilegítimas.

E que o princípio dispositivo que estabelece a separação das funções essenciais da acusação, defesa e julgamento, e mais que isso, o ônus da prova a cargo de quem possui o interesse processual na comprovação do fato ou da alegação, constitui a coluna dorsal do sistema acusatório no qual se sustenta o processo penal-constitucional, muito embora, tenha-se verificado o retrocesso legislativo ao atribuir poderes instrutórios ao magistrado de produzir provas de ofício.

No entanto, em que pese tal liberdade probatória enquanto desdobramento do direito à prova, por vezes, o exercício de tal direito entrará em direta colisão com outros direitos e garantias fundamentais, tais como, a dignidade da pessoa humana, a liberdade ambulatorial, a integridade física e psicológica, a intimidade, a honra, a

inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações telefônicas e correspondências, dentre outros, em especial, quando os elementos de prova derivarem de medidas incidentes sobre o corpo humano.

É certo que as partes²⁴⁷ possuem como derivação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o direito à produção de provas, no entanto, tal direito não pode ser exercido de forma irrestrita, ainda mais, quando afrontar direitos e garantias fundamentais do cidadão.²⁴⁸

E tal situação de colisão de direitos fundamentais se intensifica ao tratar-se das provas obtidas por meio das denominadas intervenções corporais, enquanto medidas incidentes sobre o corpo humano, de forma invasiva ou não, em especial, quando dissentidas pelo indivíduo e aptas a violar a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade corporal, a liberdade de autodeterminação, e a honra.

Com amparo na doutrina e jurisprudência alienígena, e em respeitável doutrina pátria, foi possível delimitar a conceituação e classificação das intervenções corporais, bem como, os requisitos indispensáveis à admissão de tais medidas destinadas à obtenção de provas, com as peculiaridades de cada ordenamento jurídico.

Sendo certo que, nos países analisados no segundo capítulo da presente pesquisa, quais sejam, Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Argentina, Uruguai, Chile, Colômbia e Peru, constatou-se a admissão das denominadas intervenções corporais, havendo expressa previsão nos diplomas processuais penais de tais

²⁴⁷ Em relação ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal e na função de acusador, igualmente se assegura o direito fundamental à prova decorrente dos direitos de ação e defesa inseridos no devido processo legal e no contraditório, haja vista que atua em nome próprio na defesa de interesses de terceiros, de forma imediata, da vítima, e de forma mediata, da sociedade, sendo, portanto, legitimado constitucionalmente para a propositura da ação penal para salvaguardar os interesses dos envolvidos que suportaram a ação delituosa.

²⁴⁸ “Não é princípio inserto na Constituição que tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. Reconhecendo a existência de limites na elucidação da verdade, correspondentes a direitos e garantias a serem respeitados, é possível verificar em que medida o recurso às intervenções corporais é admissível, sem lesar bens juridicamente protegidos, e até que ponto se entrelaça com o princípio contra a auto-incriminação.” (HADDAD, 2005, p. 301).

países quanto a aceitação das referidas medidas de obtenção de provas, cada qual com suas especificidades.²⁴⁹

Necessário mencionar que, em todos os supracitados países há reconhecimento explícito ou implícito, seja na seara constitucional ou infraconstitucional, do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), entendendo os mesmos que as intervenções corporais não afrontam o direito de não produzir provas autoincriminatórias nem permitir que se produzam tais provas por terceiro, quando observados os pressupostos e formalidades legais.

Em tais países, denota-se ainda, posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores enfrentando o tema da colisão de direitos fundamentais entre o direito à produção de provas obtidas por meio de intervenções corporais e o direito a não

²⁴⁹ Verificou-se em tais ordenamentos jurídicos a existência de requisitos de admissibilidade e legitimidade para as intervenções corporais, basicamente consistentes na exigência de expressa e suficiente regulação legal com definição de critérios objetivos (rol de crimes ou pela pena abstrata cominada, e outros mais); de reserva jurisdicional com a imprescindibilidade de motivação da decisão que determina a realização de tais intervenções; da proporcionalidade da medida em face dos direitos fundamentais colidentes; das garantias formais de execução (quem pode decretar e em que situações, dentre outras). Nesse sentido, enfatiza Hernández em relação ao tratamento dado pela Espanha: “A doutrina processualista espanhola tem precisado, neste sentido, que os requisitos que deve reunir toda medida restritiva de um Direito fundamental no processo penal são: 1º Tipicidade processual ou «*nulla coatio sine lege*»: o que supõe, a sua vez, que a lei deve ser sempre escrita, contrariamente ao que ocorre no sistema do «*Common law*»; escrita, enquanto deve conter um autêntico mandado de determinação, com o fim de evitar qualquer tipo de insegurança jurídica – especialmente perigosa nesta matéria -; e prévia, enquanto é óbvio que uma lei prévia que a autorize é uma garantia para a limitação do direito protegido. 2º Reserva jurisdicional: dado que o art. 117.3 CE estabelece que o exercício do poder jurisdicional em todo tipo de processos corresponde exclusivamente aos Juízes e Tribunais, é claro também o monopólio destes em todos aqueles aspectos que suponham limitação de Direitos fundamentais. 3º Proporcionalidade: ao que mais tarde aludiremos «em extenso», como elemento de apaziguamento da tensão antes assinalada. 4º Garantias formais de execução: em efeito, não parece que deva excluir-se dos requisitos das medidas processuais limitativas de Direitos fundamentais a exigência de determinadas condições de especialização a concorrer o pessoal executor destas medidas (v. gr. Especialmente no pessoal que toma as impressões digitais, que pratica o teste de alcoolemia, ou que procede à extração sanguínea).” (1995, p. 35, tradução nossa). “*La doctrina procesalista española ha precisado, en este sentido, que los requisitos que debe reunir toda medida restrictiva de un Derecho fundamental en el proceso penal son: 1º Tipicidad procesal o «nulla coatio sine lege»: lo que supone, a su vez, que la ley debe ser siempre escrita, contrariamente a lo que ocurre en el sistema del «Common law»; escrita, en cuanto debe contener un auténtico mandato de determinación, en aras de evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica – especialmente peligrosa en esta materia -; y previa, en cuanto es obvio que una ley previa que la autorice es una garantía para la limitación del derecho protegido. 2º Reserva jurisdiccional: dado que el art. 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, es claro también el monopolio de éstos en todos aquellos aspectos que supongan limitación de Derechos fundamentales. 3º Proporcionalidad: a lo que más tarde aludiremos «in extenso», como elemento de apaciguamiento de la tensión antes señalada. 4º Garantías formales de ejecución: en efecto, no parece que deba excluirse de los requisitos de las medidas procesales limitativas de Derechos fundamentales la exigencia de determinadas condiciones de especialización a concurrir en el personal ejecutante de dichas medidas (v. gr. Especialmente en el personal que toma las huellas dactilares, que practica el test de alcoholemia, o que procede a la extracción sanguínea).*”

autoincriminação e demais direitos e garantias correlatas, pronunciando-se pela constitucionalidade de tais medidas invasivas ao corpo humano, desde que respeitadas as formalidades legais.

Entretanto, inobstante a existência de previsão legal e de controle de constitucionalidade pelas Cortes Superiores, denota-se discussão doutrinária quanto à afronta ao direito a não autoincriminação e outros direitos e garantias fundamentais, especialmente, no que concerne às medidas invasivas ao corpo humano (integridade ou intimidade corporal), e quando não são precedidas de consentimento do indivíduo.

Nesse sentido, Hernández afirma que o direito à prova não pode ser considerado absoluto, cedendo em face de direitos e garantias fundamentais, por serem as bases de um processo penal garantista, pautado no sistema acusatório:

Se, como temos visto, no processo penal deve averiguar-se a verdade, e esta deve realizar-se sem obstáculos pré-estabelecidos e artificiais, o princípio processual da liberdade de prova se constitui, assim, em um dogma, enquanto a submissão a determinadas formas que todo processo impõe não é contrária a essa liberdade.

[...]

Pois bem, a liberdade de prova que o próprio direito à prova exige, não é absoluta no processo penal, enquanto que a existência de proibições probatórias se determina por uma proibição legal expressa ou tácita por contrariar os Princípios Gerais do Direito Processual, ou, por violar Direitos fundamentais. Esta proibição poderá afetar ao meio (pense-se na prova de reconstrução do fato em um delito de violação), ou à obtenção da prova, excluindo-se a utilização da violência, física (v. gr. tortura, a submissão coercitiva a uma medida de intervenção corporal) ou psíquica (v. gr. narcoanálises, que será analisado mais adiante). (HERNÁNDEZ, 1995, p. 35-36, tradução nossa).²⁵⁰

Fortalecendo o entendimento de que o direito à prova não pode ser exercido de forma absoluta e irrestrita, pois concebido em consonância com o Estado Democrático de Direito e com estrita observância aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, traz-se à baila lição de Fernandes:

²⁵⁰ “Si, como hemos visto, en el proceso penal debe averiguarse la verdad, y ésta debe realizarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales, el principio procesal de la libertad de prueba se constituye, así, en un dogma, en cuanto el sometimiento a determinadas formas que todo proceso impone no es contrario a esa libertad. [...] Pues bien, la libertad de prueba que el propio derecho a la prueba exige, no son absolutos en el proceso penal, en cuanto que la existencia de prohibiciones probatorias se determinan por una prohibición legal expresa o tácita por contravenir los Principios Generales del Derecho Procesal, o, por violar Derechos fundamentales. Dicha prohibición podrá afectar al medio (piénsese en la prueba de reconstrucción del hecho en un delito de violación), o a la obtención de la prueba, excluyéndose la utilización de la violencia, física (v. gr. tortura, o sometimiento coercitivo a una medida de intervención corporal) o psíquica (v. gr. narcoanálisis, que será analizado más adelante).”

Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (FERNANDES, 2005, p. 89).

Portanto, em se tratando de colisão entre o direito à produção de prova enquanto desdobramento do direito de ação e de defesa inseridos nos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e o direito a não autoincriminação e demais direitos correlatos, incumbirá ao julgador a análise no caso concreto, e com supedâneo no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, de qual direito fundamental cederá, assegurando-se a intangibilidade do núcleo essencial do mesmo.

Desta feita, Gómez Amigo²⁵¹ enfatiza a situação de conflitância que norteia o direito a produção de provas consistente em intervenções corporais e os direitos e garantias fundamentais, exigindo para limitação ou restrição dos direitos em questão

²⁵¹“Como já temos assinalado, esta é a nota característica mais relevante das medidas de intervenção corporal, já que os direitos fundamentais, além de serem direitos subjetivos públicos reconhecidos pela Constituição, se erigem em componentes estruturais básicos do ordenamento jurídico e do sistema democrático. Por isso, os direitos fundamentais e as liberdades públicas constituem âmbitos de atuação da pessoa em princípio imunes a ingerências externas, ou nos que a ingerência dos poderes públicos só é lícita com sujeição a requisitos de legitimidade muito estritos. Em definitivo, a legitimidade de ditas ingerências vai depender do grau de afetação dos concretos direitos fundamentais, sendo mais rigorosa a exigência e o controle de tais pressupostos de legitimidade, quanto maior seja o grau de afetação do direito fundamental.” (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 39-40, tradução nossa). “*Como ya hemos señalado, ésta es la nota característica más relevante de las medidas de intervención corporal, ya que los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos públicos reconocidos por la Constitución, se erigen en componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del sistema democrático. Por ello, los derechos fundamentales y las liberdades públicas constituyen ámbitos de actuación de la persona en principio inmunes a injerencias externas, o en los que la injerencia de los poderes públicos solo es lícita con sujeción a requisitos de legitimidad muy estrictos. En definitiva, la legitimidad de dichas injerencias va a depender del grado de afectación de los concretos derechos fundamentales, siendo más rigurosa la exigencia y el control de tales presupuestos de legitimidad, cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho fundamental.*”

a estrita observância de certos pressupostos de legitimidade para adoção e execução de tais medidas.

Sendo os pressupostos para adoção consistentes no princípio da legalidade; na existência de um fim constitucionalmente legítimo; no princípio da necessidade; e no dever de serem determinadas mediante decisão judicial especialmente motivada, e os pressupostos para execução consistentes na inexistência de risco a saúde ou de sofrimento ao imputado, e que não imponha tratamento vexatório ou degradante.

É certo que não se concebe a existência de direitos fundamentais absolutos num Estado Democrático de Direito, sob pena de criarem-se verdadeiras “zonas francas” à margem da Lei, onde as liberdades públicas funcionariam como escudo à impunidade, no entanto, igualmente não se concebe a busca desenfreada pela malfadada verdade real ao arrepio dos direitos e garantias do cidadão, sob pena de retorno ao temível sistema inquisitorial que assolou boa parte da história humana.²⁵²

Numa época em que a tecnologia tem se aliado ao processo na busca por um efficientismo e por uma célere e eficaz resposta à sociedade, as técnicas de identificação criminal e de obtenção de provas que conduzam o magistrado ao juízo de certeza (aproximativa, recognitiva e processual) ganham notório relevo, embora suscitem inúmeros questionamentos.²⁵³

Nesse sentido, torna-se cada vez mais frequente a utilização de técnicas e procedimentos para obtenção de provas, diretamente colidentes com direitos e

²⁵² Nesse sentido, afirma Haddad: “O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos. Não há justiça sem garantias, porque o respeito a elas é essencial para assegurar a regularidade e correção no exercício da função jurisdicional. Mas é igualmente óbvio consistirem as garantias no meio de desenvolvimento do processo, sem, contudo, equivaler à sua finalidade.” (2005, p. 299).

²⁵³ “A construção de uma base de dados com finalidade criminal pode ser considerada por muitos cientistas forenses e por juristas, como mais um meio eficaz na resolução de crimes e determinação da culpabilidade ou inocência de suspeitos e indiciados. Porém, várias críticas têm sido feitas à sua utilização, sob o ponto de vista tecnológico, ético e jurídico.” (SANTANA; ABDALLA-FILHO, 2012, p. 40).

garantias fundamentais²⁵⁴, podendo-se citar as interceptações telefônicas, as buscas e apreensões domiciliares e pessoais, além das intervenções corporais.

E no tocante ao direito à produção de provas que derivem de intervenções corporais, conforme já explanado nos capítulos anteriores, tais medidas classificam-se em invasivas e não invasivas, e em intervenções corporais que dependam de cooperação ativa ou passiva do indivíduo, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento sedimentado pela inadmissibilidade da prova obtida por meio de intervenções que imponham uma ação ao cidadão e suscetíveis de autoincriminação (reprodução simulada dos fatos, bafômetro, exame grafotécnico).

Quanto às provas obtidas por meio de intervenções corporais invasivas, conforme já enfatizado anteriormente, o STF possui entendimento pela impossibilidade de realização coercitiva, bem como, de presunção desfavorável ao indivíduo que dissentiu da realização da medida, tudo em homenagem ao direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Já quanto às não invasivas, inexistem maiores questionamentos, salvo em situações limítrofes²⁵⁵, desde que precedidas das formalidades legais para obtenção.

Entretanto, na doutrina tal impossibilidade de produção probatória está longe de sedimentar-se, pelo contrário, com amparo no direito comparado, sustenta-se a legitimidade das intervenções corporais invasivas, mesmo em caso de dissentimento do imputado, ao argumento de que os direitos fundamentais, dentre eles o *nemo*

²⁵⁴ “Não se concebe que, em um Estado Social, o arguido possa ser efetivamente ‘blindado’ no sentido de não ver atuado, contra si, o *jus puniendi*. Não é este o sentido da proteção contra a autoincriminação, nem tampouco a razão de sua concepção, há mais de três séculos. É sabido que a necessidade de o Estado cumprir seus deveres de proteção, no tocante aos direitos fundamentais coletivos, se exerce legitimamente pela via do processo penal e do direito penal, fontes de incontáveis intervenções nos direitos individuais. Pela via do direito penal, o Estado intervém em direitos fundamentais da mais alta relevância, dentre os quais sobreleva o direito de liberdade; e para a atuação legítima do *jus puniendi* – dada a ausência de coerção direta do direito penal – o Estado necessita do processo (*nulla poena sine iudicio*). Nesse contexto, é forçoso reconhecer que somente um processo penal eficiente, alinhado às evoluções científicas e em perfeito compasso com o desenvolvimento social, pode reduzir as margens de erro e viabilizar, legitimamente, a atuação do *jus puniendi* no caso concreto. Para isso, é inevitável que os regramentos procedimentais também intervenham em direitos fundamentais, tais como a privacidade, a intimidade, a integridade física, a liberdade, dentre outros.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 101-102).

²⁵⁵ Segundo Marteleto Filho: “No que se refere aos reconhecimentos pessoais, buscas, inspeções e registros, não há, salvo em situações limítrofes (como as investigações de orifícios naturais do corpo – boca, ânus e vagina), maiores questionamentos quanto à legitimidade das medidas, as quais se encontram regulamentadas em todos os ordenamentos pesquisados, inclusive no brasileiro.” (2012, p. 103).

tenetur se detegere, não podem ser exercidos de forma absoluta e irrestrita, devendo passar pelo teste da proporcionalidade.²⁵⁶

Portanto, reconhece-se a situação de colisão de direitos fundamentais envolvendo o direito à prova obtida com as intervenções corporais e os direitos e garantias do indivíduo que sofre a medida, em especial, o direito a não autoincriminação, fazendo-se necessário o recurso ao princípio da proporcionalidade e demais pressupostos para avaliar-se a constitucionalidade de tais intervenções em detrimento de alguns dos bens mais íntimos e valiosos do ser humano.²⁵⁷

Posicionando-se pela inexistência de afronta ao direito a não autoincriminação com a produção de provas oriundas de intervenções corporais, ainda que invasivas ao corpo humano e sem consentimento, desde que analisada a idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da prova no caso concreto, em face dos direitos fundamentais colidentes, verifica-se posicionamento de Albuquerque:

Por isso, fora do interrogatório, que é meio de defesa, e dos meios de prova que contam com a participação ativa e direta do acusado (acareação e reconstituição simulada dos fatos), não há espaço para a garantia de não auto-incriminação, que fica mesmo resumida à faculdade de não confessar, nem declarar-se culpado.

Isso não significa, de maneira alguma, que os direitos fundamentais possam ser livremente agredidos para a produção de quaisquer provas. Na verdade, a Constituição consagra, como direitos fundamentais, as integridades física e moral, a intimidade, a privacidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa

²⁵⁶ Trois Neto afirma que: “[...] a tensão entre eficientismo e garantismo expressa diferentes possibilidades de colisão de princípios constitucionais. Disso resulta que a solução das colisões entre direitos de defesa do imputado e o dever estatal de prestar uma justiça penal eficiente deve ocorrer pelo critério oferecido pela teoria dos princípios: o teste de proporcionalidade. [...] Conceitualmente, o preceito da proporcionalidade pode ser definido como o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo, sempre que se tratar de colisão de princípios constitucionais. Os direitos fundamentais, como direitos subjetivos, formam *proibições de intervenção* pelas quais o Estado fica obrigado a omitir-se de intervir em bens jurídicos do indivíduo. [...] Por isso, o teste de proporcionalidade atual, aqui, na perspectiva de impedir que as intervenções em posições jurídicas individuais sejam excessivas. Por outro lado, como princípios objetivos da ordem jurídica, os direitos fundamentais formam *deveres de proteção* por meio dos quais o Estado fica obrigado a adotar ações positivas para proteger bens jurídicos de intervenções fáticas por parte de terceiros. Essa proteção pode – e em alguns casos deve – se fazer presente por meio de uma intervenção penal. O teste de proporcionalidade atua, então, para que os meios estatais de controle da criminalidade sejam minimamente eficazes.” (2011, p. 59-60).

²⁵⁷ “Uma vez que as intervenções corporais e os exames de DNA dela decorrentes pressupõem graves intromissões na esfera mais íntima do indivíduo, ou seja, em seu próprio corpo, não há dúvidas de que restringem direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Dentre tais direitos, sobreleva indicar a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade, a autodeterminação informativa e a proteção contra a autoincriminação (em seu plano principiológico) exigindo-se, bem por isso, previsão legal e controle jurisdicional.” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 111).

humana e, por isso, as provas obtidas mediante violação de tais direitos são, em princípio, consideradas ilícitas e o Processo Penal Constitucional não as admite.

[...]

Embora tais provas devam ser preteridas em favor de provas que não agridam os direitos fundamentais do acusado, há casos em que isso não se mostra possível ou viável. E, desde o momento em que se deixou de considerar absolutos os princípios e direitos constitucionais, o princípio da proporcionalidade tem corrigido uma série de injustiças, o que vem lhe rendendo elogios merecidos, e a moderação com que vem sendo implementado tem o mérito de não fazê-lo passar por modismo jurídico.(ALBUQUERQUE, 2008, p.111-113).

Em sentido contrário, entendendo que o direito a não autoincriminação confere proteção *prima facie* ao cidadão em qualquer diligência estatal, especialmente, nas que importem em violação a direitos e garantias fundamentais, mesmo em se tratando de intervenções corporais em que se exija uma postura meramente passiva do indivíduo, e somente se justificando tais interferências com a utilização do critério da proporcionalidade, consigna Trois Neto:

Também nos casos em que se requer somente, ou em maior grau, uma postura omissiva por parte do acusado, como nas diligências de reconhecimento e nas investigações corporais, a pretensão do indivíduo de não se submeter à produção da prova está *prima facie* protegida. Uma pessoa não é instrumento para a própria condenação apenas quando colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando, contra sua vontade, tem de tolerar que o próprio corpo ou imagem seja utilizada para o fim de possibilitar a produção de uma prova. A intervenção no direito à não autoincriminação será tanto menos grave quanto menor for o grau de atividade exigido do imputado, mas não podem ser excluídas da proteção do direito fundamental, antes de qualquer ponderação, as condutas que, embora predominantemente passivas, de algum modo digam respeito à liberdade do acusado para autodeterminar-se como parte. A existência de razões para a submissão do acusado a uma diligência probatória não faz apagar, por completo, sua condição de sujeito processual. Não obstante a distinção conceitual entre sujeito processual e o objeto da prova, essa dupla condição se reúne, quando o problema se coloca, em uma única pessoa, cuja dignidade deve ser respeitada. A questão reside em apurar o grau de intervenção no exercício da condição de sujeito processual e se, mediante o critério da proporcionalidade, essa intervenção estaria justificada. (TROIS NETO, 2011, p.133).

O cerne da discussão entre a colisão de direitos fundamentais consistente no direito à prova por meio de intervenções corporais, enquanto desdobramento do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e no direito a não autoincriminação que abarca inúmeros outros como, a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a integridade e intimidade física e psicológica, a

honra, e a autodeterminação informativa, identifica-se pela dimensão dos direitos envolvidos.

Destarte, tal colisão identifica-se pela dupla dimensão dos direitos fundamentais, onde em sua dimensão subjetiva, revestem-se de *proibições de intervenção* do Estado, funcionando como direitos de defesa *prima facie*, ou seja, como posições jurídicas do indivíduo que reclamam uma abstenção do Estado em relação à sua atividade incriminadora junto aos procedimentos investigatórios ou instrutórios, que somente poderão ser flexibilizados em caso de existência de barreiras²⁵⁸ ou restrições expressamente reguladas pelo legislador, e mais que isso, quando mostrarem-se justificadas constitucionalmente no caso concreto (TROIS NETO, 2011, p.46-48).

E em sua dimensão objetiva, funcionam como *deveres de proteção* do Estado, onde, pela força irradiante dos direitos fundamentais, geram um dever objetivo de proteção mediante ações positivas, sendo a realização da função penal um dos meios mais graves de proteção estatal dos direitos fundamentais, justificada pela insuficiência ou mesmo, inexistência de outros instrumentos menos graves de proteção a bens constitucionais, os quais também se estruturam como mandamentos *prima facie* (TROIS NETO, 2011, p.49-50).

Frente à dupla dimensão dos direitos fundamentais, onde ambas estabelecem mandamentos de otimização *prima facie* e resultam na direta colisão entre o interesse coletivo numa persecução penal eficiente, assegurando aos agentes estatais todos os meios de prova não vedados expressamente em Lei, e o direito a não autoincriminação e demais direitos correlatos, necessária se faz a análise acerca da existência ou não de barreiras ou restrições justificadas constitucionalmente ao *nemo tenetur de detegere*.

Sendo certo que, em caso de inexistência de restrições ao direito a não autoincriminação, constitucionalmente justificadas por meio de expressa e idônea regulação legal, estaremos diante de uma proteção definitiva ao direito fundamental em questão, inadmitindo-se a afetação ao mesmo pelas denominadas intervenções corporais.

O exame da existência ou não de barreiras ou restrições com justificção constitucional ao direito a não autoincriminação, enquanto direito fundamental

²⁵⁸ Expressão utilizada por Trois Neto equivalente a “restrições”.

diretamente colidente com o direito à prova obtida por meio de intervenções corporais invasivas, torna-se condição de legitimidade destas, quando verificadas sob o crivo da proporcionalidade e seus subprincípios, no entanto, somente tem cabimento em face da dimensão de princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Já que, em se tratando de sua estrutura normativa, respeitável doutrina entende que o *nemo tenetur se detegere* apresenta-se em dois níveis ou planos bem definidos, quais sejam, o da regra e o do princípio²⁵⁹, onde no primeiro caso, possui um âmbito de extensão bem delimitado e outorga uma posição definitiva, não admitindo intervenção ou restrição, salvo em caso de invalidação da Lei ou de cláusula de exceção²⁶⁰, mantendo-se intangível o núcleo essencial (MARTELETO FILHO, 2012, p. 64-65).

Assim, a estrutura no plano da regra do direito a não autoincriminação abarca o direito ao silêncio, expressamente reconhecido pela Constituição Federal, por Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e pelo Código de Processo Penal brasileiro, bem como, o direito de não realizar/participar de condutas ativas que possam incriminá-lo, por flagrante inversão do ônus probatório e afronta ao sistema acusatório. Nesse sentido, afirma Marteleto Filho:

O plano da regra possui um âmbito de extensão bem delimitado e outorga uma posição definitiva, não se admitindo qualquer intervenção, sob pena de vulneração da garantia. Identifica-se tal plano com o direito ao silêncio, especialmente com a liberdade de (não) produção de manifestação de

²⁵⁹ Conforme divisão apresentada por Alexy, onde afirma que regras e princípios são espécies do gênero norma, e cuja diferença entre ambos é de ordem qualitativa, onde afirma: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (2008, p. 90-91).

²⁶⁰ Segundo Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma delas, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.” (2008, p. 92).

conteúdo testemunhal nos interrogatórios formais. A própria Constituição Federal, ao outorgar o direito ao silêncio, estabelece, inegavelmente, uma norma com a estrutura de regra, insuscetível de restrições, o que permite a identificação – neste plano específico apenas – de um núcleo intangível do *nemo tenetur*, tal qual se verifica com a vedação da tortura e do tratamento degradante. Identifica-se, outrossim, com o direito do acusado de não realizar uma conduta ativa que aporte informação ao processo, em seu prejuízo, o que configura uma consequência lógica da regra que outorga o direito ao silêncio.

[...]

De fato, a realização de um comportamento ativo, com conteúdo comunicativo, não pode ser exigida do arguido em um sistema processual acusatório, uma vez que se estaria invertendo a carga probatória, e transferindo-a da acusação para o sujeito passivo. Pouca distinção há entre se exigir uma declaração verbal ou a realização de uma conduta naturalística da qual se pode extrair um conteúdo informativo.

Daí o porquê de se situar a proibição da exigência de comportamento ativo no nível da regra da não autoincriminação, reforçando-se a tutela da dignidade pessoal do acusado, que não pode ser rebaixado à qualidade de mero instrumento da atividade probatória. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 64-65).

No que concerne ao plano principiológico do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), assevera-se a ideia de um âmbito de proteção muito mais amplo²⁶¹, equivalente ao direito de não colaborar/participar da produção de provas incriminatórias.

Tendo por objetivo nuclear a proteção a inúmeros outros direitos fundamentais correlatos, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade, a liberdade de autodeterminação, dentre outros; o que confere proibição de afetação *prima facie* pelo Estado e seus agentes, somente se admitindo restrições por meio de regulações legislativas constitucionalmente justificadas e com estrita observância ao princípio da proporcionalidade.

Assim, afirma Marteleto Filho:

²⁶¹ Conforme explicitado por Alexy, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas, ordenando a realização de algo na maior medida possível, e a colisão entre princípios é solucionada, diferentemente do que ocorre com as regras (no plano da validade da regra), com a máxima da proporcionalidade composta da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.” (2008, p. 93-94).

No nível do princípio, retoma-se a idéia de um âmbito de proteção amplo, consistente no direito de não cooperar com a produção de provas incriminatórias, e passível de restrições, porquanto não há espaço para a absolutização de princípios.

É inegável que a garantia contra a autoincriminação confere ao acusado uma posição jusfundamental mais ampla do que o simples direito de se calar. Após a análise de sua evolução histórica, pode-se afirmar, neste ponto da pesquisa, que a garantia outorga, de fato, uma posição de não cooperação com a produção da prova, tendo como objetivo nuclear, a proteção da integridade física e mental do acusado, bem como sua liberdade comunicativa. Em uma palavra: o *nemo tenetur se detegere* tem por escopo a tutela da dignidade pessoal do acusado, que não pode ser coisificado para a coleta da prova no processo penal democrático.

Isso quer dizer que qualquer imposição ao réu, de deveres de cooperação na atividade probatória, é, *prima facie*, proibida, devendo ser justificada pela desincumbência de um ônus argumentativo.

Por conseguinte, as intervenções legislativas na garantia fundamental à não autoincriminação, no plano principiológico, só devem ser tidas como legítimas caso passem pelo crivo do princípio da proporcionalidade; em sentido oposto, o suporte fático da norma se integra, exigindo-se a cessação da intervenção e atuando-se a consequência jurídica consistente no direito de não cooperar. (MARTELETO FILHO, 2012, p. 65-66).

Desta feita, delimitada a estrutura normativa do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tem-se que, no plano da regra abarca o direito ao silêncio e o direito a não participar ativamente de nenhuma diligência ou medida tendente a produção de prova que possa incriminá-lo.

E no plano principiológico uma posição de não cooperação com a produção da prova, em especial, aquela obtida por meio de intervenções corporais, tendo como objetivo nuclear, a proteção da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da integridade física e mental, da intimidade, da honra e da liberdade de autodeterminação.

Enquanto regra não apresenta maiores questionamentos, acirrando-se a discussão na esfera principiológica do *nemo tenetur se detegere*, quando se estabelece uma proteção *prima facie* ao cidadão diante do poder estatal na persecução penal.

E onde a colisão entre o direito a não autoincriminação e demais direitos fundamentais correlatos, e o direito à prova enquanto desdobramento do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, deve ser solucionada no campo da proporcionalidade, com a demonstração da adequação, necessidade e ponderação de bens.

Destarte, tal embate jurídico acentua-se no tocante às intervenções corporais invasivas e sem o consentimento do sujeito passivo da medida, já que, em relação às não invasivas não pairam maiores questionamentos, desde que precedidas das formalidades legais.

O mesmo ocorrendo em relação às invasivas precedidas de expressa concordância do indivíduo, desde que, não importem em risco à saúde ou à vida, igualmente prescindindo de maiores discussões, já que o direito a autodefesa negativa consubstanciado na ampla defesa e no *nemo tenetur se detegere* é renunciável, quando cientificado das consequências de tal ato.

Portanto, para uma análise acerca da admissibilidade das intervenções corporais invasivas coercitivas enquanto fonte de prova no processo penal, dada a direta colisão com vários direitos e garantias fundamentais do cidadão, indispensável se faz a observância de alguns requisitos ou pressupostos objetivos inter-relacionados com o princípio da proporcionalidade, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alienígena, e adotados pelos defensores de tais medidas no ordenamento jurídico pátrio, os quais serão abordados a seguir.

3.5 DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA ADMISSÃO DAS INTERVENÇÕES CORPORAIS

Conforme exposto linhas retro, o exame acerca da existência ou não de restrição ao direito a não autoincriminação, no plano principiológico, depende da demonstração de regulação legal da matéria, submetida ao crivo do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Somente com a análise da existência de regulação legal é que se poderá definir se a restrição ao *nemo tenetur se detegere* justifica-se constitucionalmente, apoiada na proporcionalidade.

Desse modo, com supedâneo no direito comparado abordado no segundo capítulo, verifica-se a definição pelos ordenamentos jurídicos estudados de requisitos ou pressupostos objetivos pelos quais se materializam os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, no intuito de demonstrar a inexistência de restrição justificada constitucionalmente ao direito a não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, em relação à Lei nº 12.654/2012, enquanto normativa pretensamente reguladora das intervenções corporais para extração de material

biológico e obtenção de perfil genético, submete-se a Lei em questão a tais requisitos, conforme a seguir.

Iniciando-se pela **previsão ou regulamentação legal**, também denominada por alguns como princípio da legalidade (GÓMEZ AMIGO, 2003, p.60), que estabelece a indispensabilidade de regulação pelo legislador das medidas tendentes à obtenção de provas por meio de intervenções corporais invasivas e não consentidas, regulação esta, expressa, específica e idônea, com abordagem dos requisitos ou circunstâncias autorizadoras, dos métodos e procedimentos, da extensão, forma de obtenção e finalidade do material genético.²⁶²

Nesse sentido, afirma Haddad:

As restrições devem ser específicas, necessitam de previsão legal, cujos pressupostos precisam ser discriminados, assim como a extensão da limitação. A obtenção de dados pessoais se faz com a indicação específica e precisa dos dados sobre os quais se quer obter informação e desde que seja necessária e adequada à finalidade pretendida. Por enquanto, “em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade (sic) probatória que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais postula invariavelmente a necessária legitimação legal”.

Somente nas hipóteses em que há voluntariedade do acusado em submeter-se ao exame, é dispensável lei que imponha a obrigação.

[...]

A lei deve detalhar as hipóteses em que o exame pode ser compulsoriamente executado, em que condições serão realizadas, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu. Devem-se saber as circunstâncias e os objetivos pré-determinados a partir do que serão

²⁶² Guridi afirma que: “Dos pronunciamentos expostos cabe concluir que a natureza das intervenções corporais exige detalhada e precisa regulação no relativo aos limites e garantias tanto de sua determinação como de sua execução. Em que casos e em que circunstâncias pode ser ordenada a diligência, frente a que infrações penais pode resultar justificada a intervenção (ou se pelo contrário a gravidade da mesma resulta indiferente), a necessária intervenção de um médico ou similar, a proscricção de determinados métodos que atentem gravemente contra a dignidade humana ou que constituam um sério perigo à saúde do investigado, a possibilidade ou não da execução coativa da diligência, etc. Todas estas circunstâncias e outras que a continuação examinaremos tem de ficar reconhecidas com a suficiente clareza para evitar ambiguidades e garantir, desta maneira, um mínimo de segurança jurídica para a submissão às intervenções corporais.” (1999, p. 132, tradução nossa). “*De los pronunciamientos expuestos cabe concluir que la naturaleza de las intervenciones corporales exige detallada y precisa regulación en lo relativo a los límites y garantías tanto de su ordenación como de su ejecución. En qué casos y en qué circunstancias puede ser ordenada a diligencia, ante qué infracciones penales puede resultar justificada la intervención (o si por el contrario la gravedad de la misma resulta indiferente), la necesaria intervención de un médico o facultativo similar, la proscricción de determinados métodos que atentem gravemente contra la dignidad humana o que constituyan un serio peligro contra la salud del investigado, la posibilidad o no de la ejecución coactiva de la diligencia, etc. Todas estas circunstancias y otras que a continuación examinaremos han de quedar recogidas con la suficiente claridad para evitar ambigüedades y garantizar, de esta manera, un mínimo de seguridad jurídica para el sometimiento a las intervenciones corporales.*”

realizados exames genéticos; quem terá acesso à informação resultante das análises das amostras biológicas e a utilização a ser dada, bem como quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas. (HADDAD, 2005, p. 329-330).

Quanto à hierarquia da norma regulamentadora das intervenções corporais invasivas coercitivas, Albuquerque (2008, p. 118-120) entende que a regulamentação de tais medidas no processo penal prescinde de ocorrer no plano constitucional, sendo suficiente à regulação uma lei ordinária de cunho processual, muito embora reconheça e existência de doutrina contrária dominante.²⁶³

Já na análise do primeiro requisito atinente à admissibilidade das intervenções corporais invasivas e não consentidas, verificam-se posicionamentos doutrinários desde a ausência de regulação legal das mesmas no ordenamento jurídico brasileiro (MARTELETO FILHO, 2012); passando pela existência de regulação insuficiente e inidônea pela Lei nº 12.654/2012; até o cumprimento de tal requisito pela epigrafada Lei (LOPES JR., 2013).

Caso considere-se que as barreiras ou restrições a direitos fundamentais somente poderão ser inseridas no ordenamento jurídico pátrio por regra de nível constitucional, não restam dúvidas de que as intervenções corporais invasivas e não consentidas não estão reguladas pelo legislador, encerrando-se, já neste momento, a análise da legitimidade de tais medidas.

Na hipótese de se considerar suficiente à regulação legal das intervenções corporais, a existência de lei ordinária de natureza processual, prossegue o entendimento já esposado nos tópicos anteriores em que se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, posicionando-se pela previsão legal insuficiente e inidônea, pois não cuidou de elementos ou condições indispensáveis, além de direta afronta a inúmeros direitos e garantias fundamentais.

Conforme exposto linhas retro, a Lei nº 12.654/2012 omitiu-se quanto à regulação de questões imprescindíveis, como a forma de obtenção do material genético para realização do exame de DNA (urina, sangue, saliva, pelos, unha, fios de cabelo), e em relação à possibilidade de realização de tais medidas durante o

²⁶³ “Em primeiro lugar, é bem de ver que, a prevalecer o entendimento da doutrina dominante, quaisquer leis regulamentando provas invasivas (a não ser quando autorizadas pela Constituição) trariam em si a mácula da inconstitucionalidade, em virtude da propalada existência de uma garantia constitucional que se estende contra qualquer contribuição (ativa ou passiva, direta ou indireta) que o acusado possa prestar à produção de provas em seu desfavor.” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 120).

processo criminal, dentre outras, o que só fortalece a ocorrência de regulamentação insuficiente e inidônea.

Ainda deixou de regular os métodos e procedimentos para obtenção do material biológico, especialmente em relação à situação de dissentimento do sujeito passivo da medida, bem como, em relação ao Banco de Armazenamento de Perfis Genéticos, em face do que, omitiu a disciplina de pontos imprescindíveis tanto no que concerne à manutenção e acesso às informações, quanto no atinente à exclusão de tais informações.

Nesse norte, tanto sob o aspecto de norma de nível constitucional quanto infraconstitucional, inexistente expressa, específica e idônea regulação das intervenções corporais no ordenamento jurídico pátrio, não havendo que se cogitar da legitimidade de tais medidas restritivas de direitos fundamentais, já que o exame da proporcionalidade entre princípios colidentes restaria impossibilitado pelo não cumprimento do primeiro requisito ou pressuposto.

Prosseguindo com a análise dos requisitos ou pressupostos inter-relacionados com o princípio da proporcionalidade, e indispensáveis à admissão das intervenções corporais invasivas e não consentidas no processo penal brasileiro, traz-se à baila a necessidade de **autorização judicial robustamente fundamentada**, também denominado por **judicialidade e motivação** (ALBUQUERQUE, 2008, p. 135-138), onde se torna imprescindível a prévia mediação dos órgãos do Poder Judiciário, dada a afetação de direitos fundamentais.²⁶⁴

Destarte, ainda que se considerasse cumprido o requisito da previsão ou regulamentação legal das intervenções corporais, ainda se faria indispensável

²⁶⁴ Afirma Serrano: “A restrição do âmbito da intimidade que as intervenções corporais comporta só resulta constitucionalmente admissível se sua autorização for previamente acordada por um órgão judicial. Neste sentido, poderia argumentar-se que, ainda que a Constituição nada estabelecesse a respeito e não inclui as ingerências corporais entre as medidas para cuja adoção é imprescindível a decisiva autorização da autoridade judicial, a exigência de autorização judicial prévia para restringir o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 18.2) supõe o estabelecimento de uma garantia essencial que deve ser reclamada ainda com mais força quando a intimidade sofre uma limitação mais intensa, por não ser já o domicílio, senão o próprio corpo o afetado.” (1990, p. 306, tradução nossa). “*La restricción del ámbito de la intimidad que las intervenciones corporales comporta solo resulta constitucionalmente admisible si su autorización es previamente acordada por un órgano judicial. En este sentido, podría argumentarse que, aunque la Constitución nada establece al respecto y no incluye las injerencias corporales entre las medidas para cuya adopción es imprescindible la decisiva autorización de la autoridad judicial, la exigencia de autorización judicial previa para restringir el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) supone el establecimiento de una garantía esencial que debe ser reclamada aún con más fuerza cuando la intimidad sufre una limitación más intensa, por no ser ya el domicilio, sino el propio cuerpo el afectado.*”

aprévia mediação judicial para determinação de tais medidas invasivas ao corpo humano, mediação esta, que exige satisfatória fundamentação pautada no princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, afirma Albuquerque:

O requisito da judicialidade, portanto, impede que as restrições sejam decretadas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. E, mesmo que se defendam os poderes investigatórios do Ministério Público, ou mesmo que, de lege ferenda, se lhe atribua competência para dirigir toda a fase pré-processual, pensamos inconcebível estender seus poderes até alcançar a decretação de medidas interventivas, porquanto o Poder Judiciário, mormente no exercício de competência em matéria criminal, segue sendo o guardião-mor dos direitos individuais [...]

No mais, além de oriunda do Poder Judiciário, a decisão que determina a realização de medidas interventivas deve vir acompanhada de fundamentação idônea a fim de que atenda ao comando do art. 93, IX, da Constituição da República, permitindo que o sujeito passivo tenha acesso às razões de decidir para, em eventual recurso, questionar sua legalidade e sua legitimidade que, então, poderão ser apreciadas pela instância revisora. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 137-138).

O que novamente aponta para a regulação insuficiente da Lei nº 12.654/2012, que prevê a possibilidade de intervenções corporais para extração de material genético de condenados²⁶⁵ (sem mencionar a circunstância do “trânsito em julgado”, que, por si só, fere o princípio do estado de inocência), de forma obrigatória e independentemente de determinação judicial, nos crimes expressos na lei.

Marteleto Filho (2012, p. 141-142) afirma que, em determinadas situações, em que a urgência no assecuramento da coleta da prova dependa da imediata atuação dos agentes estatais, a exigência de autorização judicial certamente implicaria em risco de perda dos elementos probatórios, inviabilizando a investigação, caso em que se exigiria um controle judicial diferido, embora se perceba respeitáveis posicionamentos contrários²⁶⁶, conforme enfatiza Queijo:

De outra parte, incumbindo ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a tutela dos direitos fundamentais, havendo restrição ao *nemo tenetur se detegere* prevista em lei, deverá ela ser submetida ao controle jurisdicional no caso concreto. Tal controle, nas provas que implicarem intervenção corporal no acusado, deverá ser prévio, considerando-se, sobretudo, que nessas provas outros direitos fundamentais estão igualmente envolvidos, como a liberdade de autodeterminação, a intangibilidade corporal, a integridade física, a intimidade e a dignidade. Fica, assim, afastada a possibilidade de determinação de tais provas pelo Ministério Público. Nas provas que não dependam de intervenção corporal

²⁶⁵ Não obstante ao posicionamento do STF no HC 84.078/MG, julgado em 05.02.2009.

²⁶⁶ Guridi entende que o controle judicial não admite exceção em se tratando de intervenções corporais, mesmo nas provas consideradas urgentes, onde sustenta que o tempo dispendido para conduzir o indivíduo a um estabelecimento hospitalar para extração do material genético seria suficiente à obtenção da ordem judicial. (1999, p. 306).

no acusado, o controle jurisdicional poderá ser efetuado a posteriori (QUEIJO, 2012, p. 407).

No entanto, não é o caso da Lei nº 12.654/2012 que apresenta insuficiente regulação da matéria, acarretando em sua inconstitucionalidade, pois descumpre requisito de legitimidade de tais medidas ao não exigir ordem judicial expressa e fundamentada, impossibilitando qualquer juízo de proporcionalidade da medida.

Muito embora se verifique posicionamento acerca da exigência de reserva jurisdicional para o acesso ao Banco de Dados de Perfis Genéticos e às informações do indivíduo, para os quais estaria satisfeito o requisito da decisão judicial motivada, não para a extração do material biológico do condenado, mas para a obtenção das informações armazenadas no banco, do que discordamos, já que a ausência de controle jurisdicional no momento da extração do material atribui amplos poderes aos executores da medida, sem qualquer ponderação entre os direitos fundamentais colidentes e sem qualquer análise do grau de ingerência sobre os mesmos.

Ainda no que concerne aos requisitos para admissibilidade das intervenções corporais invasivas e sem consentimento do imputado, necessária se faz a demonstração da **existência de indícios suficientes de autoria e materialidade**²⁶⁷, enquanto concretização do subprincípio da adequação.

Tal requisito visa assegurar a inadmissibilidade de intervenções corporais incidentes sobre grupo de pessoas considerado como “presumidos ou potenciais autores”, onde não se dirige a indivíduo singularizado ou ao menos individualizável a quem se atribui a prática de um ilícito penal, bem como das denominadas provas invasivas de prospecção ou de sondagem, enquanto desvinculadas da investigação de delito específico (MARTELETO FILHO, 2012, p. 141-142).

Entendendo que a demonstração de indícios suficientes de autoria e de materialidade consiste na exteriorização do subprincípio da adequação ou

²⁶⁷ Para Albuquerque, o requisito em questão exige apenas “indícios de materialidade”, diferentemente do que ocorre em outras medidas restritivas de direitos fundamentais, como a prisão preventiva, onde se exige “prova da existência do crime”, até porque, muitas das vezes a prova da materialidade do fato dependerá do resultado da prova pericial obtida com as intervenções corporais. Nesse sentido afirma: “Quanto à existência do crime ou prova da materialidade, porém, pensamos que a análise deve afastar-se um pouco daquela feita para a decretação da prisão preventiva. Sem dúvidas, a medida cautelar que recai sobre a liberdade do presumidamente inocente é a mais grave restrição concebível ao longo do processo. [...] Diante desse quadro, sempre que presentes os pressupostos da prisão preventiva, é de se assumir que já existe lastro probatório suficiente para o oferecimento da denúncia ou da queixa. Em relação às provas invasivas, porém, é de se atentar para o fato de que, muitas vezes, é exatamente essa prova que coroar as investigações bem conduzidas. Por isso, soa excessivo exigir prova cabal da materialidade, razão pela qual, também quanto à existência do crime, nos contentamos com os indícios suficientes.” (2008, p. 124).

idoneidade, e que tais indícios necessitam estar previamente dispostos em ato formal de imputação (inquérito policial ou processo judicial²⁶⁸), relativizando tal necessidade em caso de medidas excepcionais (inspeções e registros corporais para detectar se o cidadão oculta droga no interior do corpo), verifica-se posicionamento de Gómez Amigo:

Assim, medidas de intervenção corporal só resultarão idôneas quando objetivamente, sejam adequadas para a investigação do fato punível que se persegue; e se, subjetivamente, ordenam-se sobre aquele a quem se atribui participação nele, com base em indícios fundados e suficientes. Não obstante, adequações objetiva e subjetiva estão intrinsecamente unidas, porque também requerem indícios fundados para constatar a probabilidade do fato punível.

[...]

Portanto, as medidas de intervenção corporal só poderão ordenar-se sobre aquele imputado em virtude de indícios sérios ou suspeitas fundadas, mas que resulte necessário que tenha havido um ato formal de inculpação suficiente para a realização de diligências de intervenção corporal, a regra geral deve ser que o processo penal já tenha começado e que se pratiquem sobre quem tem a consideração inequívoca de imputado por atribuir-lhe a responsabilidade criminal: não obstante, em algumas situações (por exemplo, inspeções e registros corporais para comprovar se se oculta droga no interior do corpo), a medida de intervenção corporal pode ser a primeira atuação do processo penal, que deverá começar necessariamente com a autorização judicial para sua realização. (GÓMEZ AMIGO, 2003, p. 71-73, tradução nossa).²⁶⁹

A partir do supracitado posicionamento doutrinário, percebe-se a clara opção pela necessidade de ato formal de imputação como forma de materialização dos

²⁶⁸ Com o que concorda Fiori, ainda que, numa visão restrita ao processo judicial, senão vejamos: “A justificativa para a necessidade da existência de um processo em andamento se explica em razão do juízo de proporcionalidade que deve ser feito pelo juiz, ou seja, para permitir uma intervenção corporal, seria essencial uma ponderação dos interesses em questão como: a gravidade do delito e a pena correspondente; a importância da medida para o processo; a solidez dos indícios ou suspeitas fundadas em relação ao destinatário da medida, acusado ou não; a idoneidade e a adequação da medida em relação ao fim proposto ou a existência de procedimentos alternativos que violem menos os direitos fundamentais.” (2008, p. 116).

²⁶⁹ “Así pues, medidas de intervención corporal sólo resultarán idóneas cuando objetivamente, sean adecuadas para la investigación del hecho punible que se persigue; y si, subjetivamente, se ordenan sobre aquel a quien se atribuye su participación en él, con base en indicios fundados y suficientes. No obstante, adecuación objetiva y subjetiva están intrínsecamente unidas, porque también se requieren indicios fundados para constatar la probabilidad del hecho punible. [...] Por tanto, las medidas de intervención corporal solo podrán ordenarse sobre aquel que este imputado en virtud de indicios sérios o sospechas fundadas, pero sin que resulte necesario que haya habido un acto formal de inculpação suficiente para la realización de diligencias de intervención corporal, la regla general debe ser que el proceso penal haya comenzado ya y que se practiquem sobre quien tiene la consideración inequívoca de imputado por atribuírsele la responsabilidad criminal: no obstante, em algunos supuestos (por ejemplo, inspecciones y registros corporales para comprobar si se oculta droga en el interior del cuerpo), la medida de intervención corporal puede ser la primera actuación del proceso penal, que deberá comenzar necesariamente con la autorización judicial para su realización.”

indícios de autoria e materialidade do fato, posição da qual diverge Albuquerque (2008, p.125), ao afirmar que, pela complexidade que tais provas técnicas apresentam, condicionar a prova invasiva à deflagração da ação penal pode conduzir a duas consequências, primeiro, a movimentação precipitada da máquina judicial em situações que poderiam resultar num pedido de arquivamento, ou, por último, na impunidade, por conta da carência de elementos de convicção que justifiquem o oferecimento da inicial acusatória.

De posse de tais posicionamentos, novamente merece crítica à forma como a Lei nº 12.654/2012 abordou assunto de tamanha complexidade, enquanto medidas invasivas diretamente colidentes com inúmeros direitos fundamentais do cidadão, pois se omitiu em exigir o cumprimento do requisito da existência de indícios de autoria e materialidade, atendo-se a consignar, em relação à identificação criminal (art. 3º, IV da Lei nº 12.037/2009) a circunstância vaga, imprecisa e demasiadamente ampla, de serem “essenciais às investigações policiais”.

Não bastasse tal fato, andou mal ainda o legislador ao prever na Lei nº 12.654/2012 a criação de Banco de Dados de Perfis Genéticos, seja com o fito de identificação criminal (art. 5º-A da Lei nº 12.037/2009) ou com o inegável caráter probatório em relação a fatos futuros, quando do armazenamento de DNA de condenados por crimes cometidos com violência grave contra a pessoa ou definidos em Lei como hediondos.

Conforme já explicitado em tópico específico, partiu o legislador da presunção de que os condenados por crimes cometidos com violência grave contra a pessoa ou definidos em Lei como hediondos estão mais propensos à reiteração de tais condutas, buscando assim, legitimar uma presunção desfavorável e desproporcional a um determinado grupo de cidadãos, o que é inadmissível frente ao Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório, que assegura em nível constitucional a presunção de inocência.

Assim, a previsão legal de criação e armazenamento de banco de dados de DNA com informações genéticas obtidas mediante intervenções corporais invasivas junto aos condenados (necessariamente com trânsito em julgado, sob pena de afronta ao direito fundamental à presunção de inocência) acarreta nas já mencionadas provas invasivas de prospecção ou de sondagem, as quais são

inadmissíveis por violação ao princípio da proporcionalidade e seu subprincípio da idoneidade ou adequação.²⁷⁰

Nesse diapasão, ainda que se considere que a Lei nº 12.654/2012 teve o condão de regular as intervenções corporais invasivas e não consentidas, restaram insatisfeitos os requisitos indispensáveis à possível restrição dos direitos fundamentais colidentes.

Em estrita consonância com o princípio da proporcionalidade, em especial, com o subprincípio da idoneidade ou adequação, denota-se que não tratou de abordar de forma expressa e idônea da imprescindibilidade de existência de indícios de autoria e de materialidade, pelo contrário, inseriu o questionável Banco de Dados de Perfis Genéticos em clara intervenção corporal prospectiva ou de sondagem, o que se revela inconstitucional.

Dando sequência aos requisitos imprescindíveis à admissibilidade das intervenções corporais invasivas e não consentidas no ordenamento jurídico pátrio, averigua-se a necessária observância da **gravidade da infração e da indispensabilidade da medida**, também definida como **unicidade da prova** (ALBURQUERQUE, 2008,p.125).

E tal requisito pauta-se na verificação do subprincípio da necessidade, que consiste justamente na demonstração de inexistência de outro meio de produção da prova, ou na inexistência de meio menos gravoso aos direitos fundamentais do imputado.

Nesse viés, afirma Queijo (2012, p.409):

Para que o requisito da necessidade se apresente é preciso que a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere* seja indispensável para a sua coexistência com outros valores, como a segurança pública, a paz social e o interesse público na persecução penal. Nessa ótica, mister que não haja outra forma de produzir a prova, viabilizando a persecução penal, sem a

²⁷⁰ Nesse sentido afirma Marteleto Filho, citando Huertas Martín: “As intervenções corporais não podem ter por objetivo coletar meros indícios, senão que deve-se pressupor a existência de tais indícios para que possam ser legitimamente realizadas. Ainda em atenção ao princípio da proporcionalidade, há de se exigir que os indícios sejam tão mais fortes quanto mais intensa seja a intervenção corporal a ser praticada. Não se devem admitir, por conseguinte, as intervenções ‘prospectivas’ ou de ‘sondagem’, isto é, desvinculadas da investigação de um delito específico, com o objetivo de se determinar a hipotética comissão de uma infração penal.” (HUERTAS MARTIN, 1999, p. 391-396 apud MARTELETO FILHO, 2012, p. 145). E arremata: “Face a tais ponderações, não haveria, por exemplo, razão para se submeter um motorista à extração de sangue coercitiva sem que haja indícios clínicos de embriaguez; não haveria motivos para a extração de pelo, tecido ou cabelo, se não existirem indícios mínimos de que tais elementos, presentes no sujeito passivo, possuam relação com o delito investigado (no escopo de se formar bancos de dados de investigação futura, por exemplo) etc.” (HUERTAS MARTIN, apud MARTELETO FILHO, 2012, p. 145).

cooperação do acusado. Ou seja, não admitida a restrição ao *nemo tenetur se detegere*, outros valores, também tutelados constitucionalmente, seriam extremamente sacrificados.

Ademais, ainda no âmbito da necessidade, deverá a medida restritiva ser a menos gravosa possível aos direitos do acusado, em termos de qualidade, intensidade e duração. Desse modo, as provas que não dependam de intervenção corporal deverão ser preferidas. Se houver necessidade de intervenção corporal, deve-se optar pelas medidas não invasivas. Exemplificando: se for possível realizar o exame de DNA em pelos e cabelos, é preferível a se utilizar de material sanguíneo. (QUEIJO, 2012, p. 409).

A observância do epígrafado requisito justifica-se pela heterogeneidade das intervenções corporais que dificulta a criação de um critério rígido para solução de todos os casos, constatando-se desde intervenções superficiais, como a extração de sangue, saliva ou de fios de cabelo, até intervenções mais intensas e invasivas, como os registros em orifícios íntimos e intervenções cirúrgicas para extração de substâncias entorpecentes do corpo do indivíduo (MARTELETO FILHO, 2012, p.145).

Aliado a isso, assevera-se ainda, a multiplicidade de infrações penais que demandam a realização de intervenções corporais para produção de prova, que vão desde o delito de embriaguês ao volante que prevê sanção mais branda, até as condutas mais graves como os crimes praticados com emprego de violência grave contra a pessoa, contra a liberdade sexual e tipificada como hediondos, os quais recebem reprimenda mais gravosa (MARTELETO FILHO, 2012, p.145).

E a partir de tal multiplicidade, necessária se faz a definição, repita-se, por meio de expressa e idônea regulação legal, das especificidades das intervenções corporais, de acordo com o grau de afetação aos direitos fundamentais do indivíduo, e com a gravidade da infração penal e correspondente sanção, no último caso, com a adoção de critérios objetivos e sem qualquer condão discriminatório ou estigmatizante.

Desta feita, retornando à situação normativa das intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já exposto, parte da doutrina sustenta que a Lei nº 12.654/2012 regulou tais medidas invasivas ao corpo humano, inclusive, autorizando a realização coercitiva em caso de dissentimento do indiciado ou condenado.

E ao submetê-la ao crivo do subprincípio da necessidade, com a verificação do atendimento da unicidade da prova, ou seja, quando não for possível a obtenção

da mesma por outros meios, ou em caso de possibilidade, que os outros meios não sejam menos gravosos, denota-se, novamente, que a Lei nº 12.654/2012 não cumpriu com o requisito em questão.

Primeiramente, porque da análise do art. 3º, IV c/c o § único do art. 5º, ambos da Lei nº 12.037/2009, não se verifica a preocupação do legislador na definição de critérios objetivos que assegurem a observância do subprincípio da necessidade da medida consistente na unicidade da prova, atendo-se a utilizar de expressão vaga, imprecisa e subjetiva ao exigir que “a identificação criminal seja essencial às investigações policiais”.

Em seguida, ao analisar-se a redação do art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984, igualmente acrescentado pela Lei nº 12.654/2012, sequer se fez referência à necessidade da prova obtida com a intervenção corporal, simplesmente consignando que as informações genéticas serão armazenadas em Banco de Dados de Perfis Genéticos, acarretando novamente no descumprimento do requisito de admissibilidade de tais medidas.

Por derradeiro, quanto à mencionada heterogeneidade das infrações penais, onde a regulação legal das intervenções corporais deve observância às peculiaridades que envolvem certos delitos, especialmente, a gravidade das condutas e o grau de lesão a bens juridicamente tutelados, averigua-se que o critério adotado pelo legislador não satisfaz o subprincípio da necessidade, pois não adotou parâmetros objetivos para delimitação do grau de restrição a direitos fundamentais do imputado, isto é, para definição de intervenções mais ou menos invasivas.

Pelo contrário, conforme já exposto no tópico específico sobre o Banco de Dados de Perfis Genéticos, o critério objetivo adotado consiste tão somente na abstrata gravidade dos delitos praticados com grave violência à pessoa e os tipificados na Lei nº 8.072/1990 como crimes hediondos, deixando clara a opção do legislador por reestigmatizar tais delitos e seus autores, gerando tratamento discriminatório com a previsão legal de uma presunção de que estão mais afetos a reincidir na prática de crimes.

Frente a tais exposições, ao analisar a situação das intervenções corporais invasivas e dissentidas pelo indivíduo, denota-se que a Lei nº 12.654/2012, enquanto disposição legal que, para muitos, regulou tais medidas restritivas, não cumpriu com o subprincípio da necessidade, materializado nos requisitos da gravidade da infração e indispensabilidade da medida (unicidade da prova).

Superados os requisitos acima citados, enquanto desdobramentos dos subprincípios da idoneidade ou adequação e da necessidade, indispensável a análise da proporcionalidade em sentido estrito, também definido como princípio da justa medida (CANOTILHO, 1998, p.263).

O subprincípio da **proporcionalidade em sentido estrito** constitui a análise, já de posse da demonstração da idoneidade/adequação e necessidade da medida restritiva de direitos fundamentais, a partir de um sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes, em sua dimensão principiológica.

Onde, em caso de colisão de direitos reconhecidos como princípios, um ou alguns devem ceder em favor do prevalente, sem esvaziar por completo o seu conteúdo ou núcleo essencial, não se revestindo tal discussão da dimensão da validade das normas, mas apenas da dimensão do peso dos princípios.

Nessa esteira, afirma Alexy:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p.117-118).

E no que concerne às intervenções corporais invasivas e não consentidas, a análise da proporcionalidade em sentido estrito demanda uma adequada proporção entre a intromissão ou injerência ao direito fundamental afetado e a consecução da finalidade constitucionalmente lícita, que com ela se persiga, ou seja, o grau de satisfação do interesse público perseguido, que neste caso é a eficaz atuação do *ius puniendi* (GÓMEZ AMIGO, 2003, p.77).

O exame da proporcionalidade em sentido estrito parte de uma ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, no caso em questão, entre o direito coletivo à produção de prova enquanto desdobramento dos princípios do devido processo legal e do contraditório, e entre o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e demais direitos fundamentais abarcados, já se

compreendendo necessariamente cumpridos os demais subprincípios da idoneidade e da necessidade.

Restando demonstrado no caso concreto que o interesse coletivo à produção da prova é prevalente ao direito individual de não autoincriminação e demais direitos e garantias correlatos, tende a ser admitida a restrição a direitos fundamentais do cidadão, mais especificamente, as intervenções corporais invasivas e dissentidas.

Entretanto, tal juízo de ponderação exige robusta fundamentação pelo magistrado, alicerçada na existência cumulativa dos outros dois subprincípios da idoneidade e da necessidade.

Incumbindo ao julgador demonstrar, de um lado, a existência de um ou mais direitos e garantias individuais sobre os quais incidirá a restrição; a intensidade da restrição e o grau de certeza empírica resultante (TROIS NETO, 2011, p.64); e de outro, o peso abstrato do dever de proteção penal do Estado; o grau de prejuízo para a realização de uma persecução penal eficiente, em caso de omissão da medida; e o grau de certeza empírica de que tal objetivo não será atingido sem a adoção da medida interventiva (TROIS NETO, 2011, p. 64).

Arrematando a forma de ponderação entre direitos fundamentais colidentes, no que tange às intervenções corporais enquanto meio de prova no processo penal, e o direito a não autoincriminação e demais direitos correlatos, Trois Neto consigna:

Segue-se, para tanto, um procedimento cognitivo e argumentativo que, depois de reconhecer o peso abstrato de cada princípio (leve, médio ou grave), comprovar o grau da intervenção ou do prejuízo esperado com a adoção ou não adoção da medida (leve, médio ou grave) e estimar a probabilidade com que essa intervenção ou prejuízo pode ocorrer (certo ou seguro, sustentável ou plausível ou apenas meramente possível), permitirá um juízo, intersubjetivamente controlável, sobre a proporcionalidade da intervenção cogitada. (TROIS NETO, 2011, p. 64).

Ocorre que a satisfação de tal critério depende do efetivo cumprimento dos demais subprincípios da idoneidade/adequação e da necessidade das intervenções corporais, o que restou insatisfeito no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela ausência de expressa e idônea regulação legal, seja pela insuficiência da Lei nº 12.654/2012, para os que entendem que a mesma regulou tais medidas.

Conforme já elucidado, a ausência de cumprimento do subprincípio da adequação deu-se pela omissão do legislador em exigir o cumprimento do requisito da existência de indícios de autoria e materialidade, atendo-se a consignar, em relação à identificação criminal (art. 3º, IV da Lei nº12.037/2009) a circunstância

ampla, vaga e imprecisa, de serem “essenciais às investigações policiais”, bem como, por simplesmente inserir o Banco de Dados de Perfis Genéticos em clara intervenção corporal prospectiva ou de sondagem, sem qualquer justificativa constitucional.

Quanto ao subprincípio da necessidade, materializado nos requisitos da gravidade da infração e indispensabilidade da medida (unicidade da prova), igualmente não houve a devida observância do legislador, pois não adotou parâmetros objetivos para delimitação do grau de restrição a direitos fundamentais do imputado, fundamentando tão somente na abstrata gravidade dos delitos praticados com grave violência à pessoa e os tipificados na Lei nº 8.072/1990 como crimes hediondos, optando pela reestigmatização de tais delitos e seus autores.

Por derradeiro, denota-se de alguns doutrinadores, a consideração de outros requisitos para admissibilidade das intervenções corporais, tais como, a necessidade de audiência prévia do sujeito passivo da medida, a fim de colher seu consentimento ou em caso de recusa, a possibilidade de medidas alternativas menos gravosas; a ausência de riscos para a saúde do imputado; a intervenção da defesa técnica; requisitos estes, inseridos na análise da proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação de valores.

Nesse diapasão, descumpridos os requisitos interligados aos subprincípios da adequação e da necessidade, não há que se falar em juízo de ponderação de valores ou de peso abstrato de cada princípio colidente, que constitui a proporcionalidade em sentido estrito, impossibilitando a admissão das intervenções corporais invasivas e coercitivas no ordenamento jurídico pátrio, e resultando na inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do princípio da não autoincriminação conduziu a algumas inquietações. Entre elas, sobre o direito à prova enquanto desdobramento do Estado Democrático de Direito e do sistema acusatório, com menção inicial aos sistemas de apreciação da prova verificados ao longo da história.

A adoção de processos e julgamentos sem a observância do contraditório e ampla defesa, sem a separação das funções essenciais entre acusador, defensor e julgador, sem a necessária publicidade dos atos processuais, e com total indiferença aos direitos e garantias fundamentais propiciou a íntima convicção do magistrado. Instaurou o denominado sistema inquisitivo que assolou grande parte da Europa pós-iluminismo e, resultou num dos períodos mais tenebrosos da história humana.

Com a introdução do livre convencimento motivado, iniciou-se o sistema acusatório, pautado no princípio dispositivo e no Estado Democrático de Direito, com estrita observância às garantias públicas, além da separação das funções essenciais, e mais que isso, da atribuição do ônus probatório à parte que tem o interesse processual na comprovação do fato ou da alegação.

Ocorre que, o primeiro sistema, mais preocupado com a comprovação dos fatos e responsabilização do agente do que com a descoberta da verdade e elucidação da situação fática, buscava a todo o custo a produção de provas, que corriqueiramente eram obtidas por meio de tortura a fim de que o imputado confessasse. Sistema este, no qual se originou a malfadada busca da verdade real ou material.

Verdade esta, inalcançável pelo homem, já que o processo trata de fatos já ocorridos e que não podem ser retratados em sua exatidão, de modo que a verdade a ser perquirida no processo penal de modelo formalista e alicerçado num sistema penal garantista consiste numa verdade formal ou processual, provável, opinativa, aproximativa (plausível) e de correspondência da realidade dos fatos, e por isso, relativa, rechaçando-se a ideia da busca de uma verdade real e absoluta, ensejadora das mais graves violações a direitos fundamentais.

E muito embora o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz seja amplamente adotado no ordenamento jurídico brasileiro, inegável a matriz inquisitória do processo penal pátrio, ao prever junto ao código de processo penal dispositivos notadamente voltados à comprovação dos fatos e da

autoria delitiva ao arrepio dos direitos e garantias fundamentais, da separação essencial das funções essenciais e do ônus probatório enquanto obrigação das partes litigantes, neste último, quando assegura ao magistrado o poder instrutório de produzir provas de ofício.

No que concerne à origem histórica do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), não obstante a imprecisão, já que o instinto de autodefesa é inerente a todos os povos e épocas, enfatizou-se a existência de respeitável doutrina, seja atribuindo ao Direito Hebreu as raízes do mesmo, seja ao Direito Canônico, ou mesmo aos países do *common law* sob as vestes do *privilege against self incrimination*, muito embora tal construção seja reconhecidamente mais restrita que aquela e só contempla a proibição de se compelir alguém a ser testemunha contra si mesmo no processo criminal.

No ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se a evolução histórica, bem como o reconhecimento expresso do direito a não autoincriminação desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, que assegura o direito de silêncio ao acusado, no entanto, originariamente, permitia que o silêncio fosse interpretado em desfavor da defesa, vindo a ser sanado tal absurdo somente com o advento da Lei nº 10.792/2003.

Referido direito foi igualmente consagrado em nível constitucional enquanto direito fundamental com a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LXIII, e em seu art. 5º, § 2º, que estabelece que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros advindos de tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil, assim, estando igualmente reconhecido o *nemo tenetur se deterege* pela previsão expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Paulatinamente, abordou-se os contornos do direito a não autoincriminação, onde foi constatada sua veste originária enquanto direito ao silêncio, estendido tanto ao indiciado/acusado quanto a testemunha, partindo-se para a análise de outras manifestações ou dimensões do direito, dada a crescente utilização da tecnologia e métodos técnicos-científicos para obtenção de prova a partir de elementos corpóreos junto ao indivíduo.

A partir daí, passou-se a análise da classificação doutrinária concernente às provas que dependam de conduta ativa do indivíduo, tais como, a reprodução simulada dos fatos, o sopro em etilômetro, o fornecimento de padrões gráficos; e

das que dependam meramente de uma conduta passiva do mesmo, neste caso, com respeitáveis defensores de que tais medidas não importam em ofensa ao direito a não autoincriminação, admitindo o emprego de intervenções invasivas ao corpo humano e de forma coercitiva, pois o cidadão não estaria produzindo prova alguma em seu desfavor, mas sim os elementos colhidos é que fariam tal prova, conduzindo-o novamente à inaceitável condição de objeto de prova.

Tal posicionamento destoa absolutamente da visão garantista do processo penal-constitucional que prevê o dever do Estado de realização do bem comum e efetiva aplicação da justiça, no entanto, com estrita observância e respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, enquanto sujeito processual e não mais mero objeto de prova.

Quanto às intervenções corporais, demonstrou-se a conceituação e classificação doutrinária de tais medidas, consignando a inexistência de unicidade das mesmas, tendo em vista as especificidades dos ordenamentos jurídicos de cada país que as contempla e regulamenta, com menção expressa aos trabalhos de Nicolás Gonzáles-Cuéllar Serrano, Etxeberria Guridi e Roberto Falcone, dentre outros; tratando, inclusive, das medidas vedadas em nosso ordenamento jurídico e que implicam em interferência ou exclusão da espontaneidade e voluntariedade do indivíduo, tais como, o soro da verdade, hipnose, psicoanálises etc.

O estudo do direito comparado foi discutido no segundo capítulo, com a análise do tratamento dado às intervenções corporais pela Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, e pela Argentina, Uruguai, Colômbia, Chile e Peru, países estes, em que se constatou a existência de regulação expressa de tais medidas, não obstante o reconhecimento do direito a não autoincriminação, entendendo que não afrontam o *nemo tenetur se detegere*, quando precedidas das formalidades e requisitos legitimadores, em especial, o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Em todos os países pesquisados, restou demonstrada a admissibilidade das intervenções corporais invasivas, ainda que dissentidas pelo sujeito passivo da medida, com ressalva ao direito uruguaio, sendo peculiar a situação do ordenamento jurídico alemão que admite até mesmo medidas invasivas que tragam risco à vida ou à saúde do indivíduo, como as punções lombares para obtenção de líquido cefalorraquídeo, nestes casos, sendo indispensável a existência de expressa e motivada decisão judicial.

Outra situação *sui generis* é a prevista no ordenamento jurídico uruguaio, que prevê, em caso de recusa do indivíduo a submeter-se às intervenções corporais invasivas, ao invés de se compelir o cidadão a tais medidas, a expressa imposição de presunção negativa, o que é inimaginável no ordenamento jurídico brasileiro por clara afronta ao princípio da presunção de inocência estampado no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Por conseguinte, tratou-se do reconhecimento do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) pelo ordenamento jurídico brasileiro, mencionando a previsão constitucional, seja no âmbito interno quanto externo, e infraconstitucional, enfatizando a jurisprudência pátria, especificamente do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição Federal e legitimado ao controle de constitucionalidade concentrado, bem como, por corte metodológico.

Assim, quanto ao reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* pelo Supremo Tribunal Federal, constatou-se a existência de julgados anteriores a Constituição Federal de 1988, bem como, do início da década de 1990, como o HC 69.026/DF julgado em 1991, HC 68.292/SP julgado em 1992, e o HC 69.818/SP julgado em 1992, além de exposto posicionamento acerca dos beneficiários de tal direito em sua faceta originária de direito ao silêncio, abrangendo não só o imputado (indiciado/acusado) como qualquer pessoa que deva prestar depoimento, ainda que não figure no pólo passivo de investigação policial ou ação penal, mas que possa ser incriminado por tais declarações.

No que concerne às intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já mencionado, verificou-se a existência de classificação entre provas invasivas e não invasivas, e quanto às que exigem um comportamento ativo ou meramente passivo do indivíduo.

E em relação às provas não invasivas e que não dependam de conduta ativa do indivíduo, tais como, a revista pessoal, a apreensão de fio de cabelo ou saliva não mais atrelados ao corpo humano, marcas de sangue ou sêmen presentes em vestimenta ou no local do crime, material fecal, não restam maiores discussões quanto a não incidência do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), por ausência de afronta mínima à direitos fundamentais, quando precedidas das formalidades legais, bem como, por não consistirem em medidas que dependam de qualquer colaboração do cidadão.

Quanto às intervenções corporais não invasivas, mas que dependam de condutas ativas do indivíduo evidenciou-se posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de se compelir o cidadão a participar de quaisquer diligências que importem em conduta ativa e autoincriminatória, tais como, reprodução simulada dos fatos, de fornecer material gráfico para exame grafotécnico, sopro em etilômetro.

No que tange às intervenções corporais consideradas invasivas ao corpo humano, restou demonstrada a existência de pluralidade de posicionamentos doutrinários que vão desde a admissibilidade de tais medidas, ainda que coercitivamente, quando precedidas de ordem judicial e não resultem em risco à vida ou à saúde do imputado; passando pela impossibilidade de submissão compulsória do cidadão, com a consequência de presunção desfavorável; e até a impossibilidade de realização dissentida, por direta afronta ao direito a não autoincriminação e demais direitos correlatos.

Em relação às supramencionadas medidas interventivas, constatou-se a inexistência de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal na seara processual penal, com exceção da Reclamação RCL nº 2.040/DF (Caso Glória Trevi), julgada em 21/02/2002, acentuando-se o problema com o advento da Lei nº 12.654/2012, que, para muitos, consubstancia-se em disposição legal reguladora das intervenções corporais para obtenção de material genético.

Com a entrada em vigor da epigrafada normativa, que introduziu a possibilidade de extração de material genético, seja para fins de identificação criminal, seja para constituição de Banco de Dados de Perfis Genéticos para futura consulta e produção de provas, surgiu profunda discussão doutrinária acerca da legitimidade ou não de tais medidas.

Acirrando-se tal discussão na hipótese de obtenção de material genético sobre o corpo humano, de forma invasiva, ainda mais quanto à possibilidade de submissão coercitiva ou não do indivíduo, em direta colisão com o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois em se tratando de apenado, estabelece expressamente a obrigatoriedade de submissão do réu à extração de DNA, e para alguns doutrinadores, o mesmo ocorrendo, de forma implícita, em relação ao indiciado, em sede de investigação policial.

Após análise de diversas doutrinas tanto pela admissibilidade de tais intervenções corporais e constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, quanto pela

inadmissibilidade das medidas em questão e inconstitucionalidade da novel Lei, posicionou-se pela inaceitabilidade de extração coercitiva de material genético para realização de exame de DNA.

Tal posição funda-se na afronta a direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a ampla defesa, a honra, a intimidade e integridade corporal, a liberdade de autodeterminação informática, e, principalmente, o direito a não autoincriminação, e conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da norma, que, inclusive, dispensa autorização judicial em caso de condenado.

Não bastasse o assunto principal tratado na Lei nº 12.654/2012, que, por si só, já se mostra de alta complexidade e relevância, andou mal o legislador ao reproduzir a questionada liberdade instrutória do magistrado, prevista expressamente no art. 156, I e II do Código de Processo Penal, autorizando-o a determinar a realização de intervenções corporais para extração de material genético, de ofício, mesmo em sede de investigações policiais, acabando por confirmar a posição inquisitória que ainda ronda o processo penal pátrio.

Ainda no que concerne a Lei nº 12.654/2012, discutiu-se a criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos, amplamente admitido em vários países europeus, alguns tratados no capítulo segundo, e em alguns países da América do Norte e do Sul, enquanto medida destinada tanto à identificação criminal quanto para formação de provas pré-constituídas em relação a fatos que sequer ocorreram, partindo-se de uma presunção de que os condenados por determinados crimes voltarão a delinquir.

A partir de tal previsão legal, regulamentada pelo Decreto nº 7.950/2013, passou-se à análise dos principais princípios regentes da matéria, reconhecidos por tratados internacionais sobre genoma humano e sua utilização, e por especializada doutrina, quais sejam, a autodeterminação informacional, o consentimento prévio e voluntário, a finalidade do consentimento, a finalidade, a privacidade e a confidencialidade, a não discriminação e não estigmatização, dentre outros, enquanto desdobramentos do princípio constitucional da intimidade e da autonomia pessoal.

Constatando-se que a Lei nº 12.654/2012 não atende integralmente aos supracitados requisitos legitimadores, pelo contrário, além de ignorar o indispensável consentimento do indivíduo que terá seus dados genéticos armazenados em banco de dados, ainda acaba por dar tratamento discriminatório ou reestigmatizar os condenados por crimes definidos como hediondos, o que se mostra inaceitável

frente ao Estado Democrático de Direito e seus direitos e garantias fundamentais, padecendo de inconstitucionalidade.

Por fim, debateu-se o conflito entre o direito à prova consistente em intervenções corporais enquanto desdobramento do devido processo legal e do contraditório, e o direito a não autoincriminação e demais direitos fundamentais correlatos, no qual se verificou divergência doutrinária quanto à admissibilidade ou não de tais medidas, onde Wagner Marteleto Filho posiciona-se pela inexistência de norma regulamentando as intervenções sobre o corpo humano no ordenamento jurídico brasileiro e Aury Lopes Jr. sustenta que a Lei nº 12.654/2012 sanou o problema da regulação legal.

Nesse sentido, ainda que se considere que tal normativa tenha regulado as intervenções corporais para extração coercitiva de material genético, seguindo-se o entendimento já sedimentado nos países europeus e sul-americanos analisados no capítulo segundo, normas que restrinjam direitos fundamentais devem estrita observância a certos requisitos intimamente relacionados ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, submetida a referida lei aos requisitos consistentes na existência de expressa previsão ou regulamentação legal, de forma idônea e satisfatória; de autorização judicial robustamente fundamentada; de demonstração da gravidade da infração e da indispensabilidade da medida (unicidade da prova); bem como aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, constatou-se que a Lei nº 12.654/2012 não atende aos mesmos, não sendo meio legítimo e suficiente a restrição de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, descumpridos os requisitos entrelaçados aos epigrafados subprincípios, não há que se falar em juízo de ponderação de valores ou de peso abstrato de cada princípio colidente, que constitui a proporcionalidade em sentido estrito, impossibilitando a admissão das intervenções corporais invasivas e coercitivas no ordenamento jurídico pátrio, e resultando na potencial inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

Frente a tais exposições, estando demonstrado o conflito entre o direito à prova consistente nas intervenções corporais e o direito a não autoincriminação e demais direitos fundamentais correlatos, impende considerar que, em consonância com os ordenamentos jurídicos estrangeiros em que a admissibilidade de tais

medidas já se encontra satisfatoriamente regulada, a afetação ou restrição a garantias públicas do cidadão depende da estrita observância aos supracitados requisitos legais.

Após a demonstração de tais requisitos, interligados aos subprincípios da adequação e necessidade, revela-se indispensável a mediação judicial com a ponderação de valores em cumprimento à proporcionalidade em sentido estrito, a fim de legitimar ou não a restrição a direitos fundamentais do imputado, sendo certo que, com a análise da Lei nº 12.654/2012, esta mostrou-se insuficiente e inidônea à regulação das intervenções corporais no ordenamento jurídico pátrio.

Aliado a isso, denota-se que, até a conclusão da presente pesquisa, o Supremo Tribunal Federal não se debruçou sobre o tormentoso assunto, tão pouco efetuou o controle de constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da prova no processo penal**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARGENTINA. **Código Procesal Penal**. 1991. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

ARGENTINA. Suprema Corte de la Nación. **Caso Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelação**. 2001. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=502322>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. **Código de Processo Criminal do Império**. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Leia a sentença que condena Vilma Martins a quatro anos de prisão. **Revista Consultor Jurídico**. 2003. <Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003-out-01/vilma_martins_condenada_roberta_jamilly>. Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 71.373/RS**. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

CALLEGARI, André Luíset al. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed.Coimbra: Almedina, 1998.

CARRIO, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 3.ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1994.

CHILE. **Código Procesal Penal**. 2000. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

CHILE. **Constitucion Política de la Republica de Chile**. 1980. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/chile.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

COLÔMBIA. **Constitucion de Colombia**. 1991. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentença C-822/05**. 2005. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-822-05.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**. Bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COUCEIRO, José Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti para os operadores do Direito. In: CARVALHO, Salo de et al. **Anuário ibero-americano de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

DIAS, Augusto Silva et al. **O direito à não auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português**. Lisboa: Coimbra, 2009.

FALCONE, Roberto A. **Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal**. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. **Defensas penales**. Tradução de Jorge Guerreiro. 3.ed. Bogotá: Temis, 1974.

FIORI, Ariane Trevisan. **A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GÓMEZ AMIGO, Luis. **Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **En búsqueda de la verdad y la justicia**. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. México, DF: Editorial Porrúa, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegriniet al. **As nulidades no processo penal**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo**. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. **Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal – inspecciones, registros y extracción de muestras corporales**. Madrid: Trivium, 1999.

_____. **Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2000.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HELMHOLZ, R. H. et al. **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

HERNÁNDEZ, Ángel Gil. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Colex, 1995.

HUERTAS MARTÍN, M. I. **El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba**. Barcelona: José María Bosch, 1999.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. 2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36786>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

ITÁLIA. **Constituição Italiana**. 1948. Disponível: <http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html>. Acesso em: 06 jan. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. 2012. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Russell Editores, 2009.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito a não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Paulo de Sousa. **As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência**

do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Lisboa: Almedina, **Revista de Concorrência e Regulação**, Ano I, n. 1. Jan./Mar. 2010.

NISIMBLAT, Nattan. **Los medios de prueba en particular**. Actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Nisimblat Abogados & Cía., 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEROS, Raul Tavorari. **Instituciones del nuevo proceso penal**. Cuestiones y casos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

PERU. **Constitución Política del Perú**. 1979. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. 1929. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

PORTUGAL. Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro de 2008. Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. **Diário da República**, 1. série, n. 30. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2008/02/03000/0096200968.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 155/2007**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

PUNTES, Orlando Henrique; AVILA, Rodrigo Ernesto Vargas. (Coord.). **La prueba genética en el sistema judicial colombiano**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Unibiblos, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e sua decorrência no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. et al. La intimidad corporal devaluada. **Revista Poder Judicial**, n. 14, 1989, p. 123-130.

RAMOS, André de Carvalho. **Limites constitucionais da investigação**. Coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana**. 2012. Disponível em: <<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

SAMPER, José María. **Derecho público interno de Colombia**. Bogotá: Temis, 1982.

SANTANA, Célia Maria Marques de. et al. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 8, n. 1-4. Brasília, 2012.

SERRANO, Nicolás Gonzáles-Cuéllar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

SIERRA, Luis Fernando Bedoya. **La prueba en el proceso penal colombiano**. Bogotá: Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A., 2008.

TAPIA, Juan Francisco. Intervenciones corporales en el proceso penal. **Revista Pensamiento Penal**, 2011. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

TAPIA, Juan Francisco. Intervenciones corporales en el proceso penal. **Revista Pensamiento Penal**, 2011. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/12122007/doc01.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro** - Atualizado com a Lei da Prisão (Lei 12.403/2011). 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

URUGUAI. **Constitucion de la Republica**. 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

URUGUAI. **Codigo del Proceso Penal**. 1997. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=16893&Anchor=>>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

VALLEJO, Raúl Castaño. Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad. **Anuario de derecho constitucional latino-americano**, 2007, TOMO II. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2007.