



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Provas invasivas e não invasivas no processo penal brasileiro.

Érica Ferreira

Rio de Janeiro  
2009

Érica Ferreira

Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola  
de Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro, como exigência para a  
obtenção do título de Pós-Graduação.  
Orientadores: Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2009

## Provas Invasivas e Não Invasivas no Processo Penal Brasileiro

Érica Ferreira

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar o instituto das provas invasivas e não invasivas para saber se as mesmas poderão ser utilizadas no processo penal brasileiro, a luz da Constituição Federal. Para tanto será necessário fazer uma ponderação de interesses entre o princípio do *nemo tenetur se degenere* e o direito à segurança da coletividade e ao final verificar-se qual princípio deve prevalecer em face do outro.

**Palavra chave:** Provas. Proibição de fazer prova contra si mesmo. Dignidade da pessoa humana. Aplicação das provas invasivas e não invasivas no direito brasileiro e no direito comparado. Ponderação de interesse entre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e o direito a segurança da coletividade.

**Sumário:** Introdução; 1. Princípios Constitucionais; 1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 1.2. Princípio da Isonomia; 1.3. Princípio da Proporcionalidade; 1.4. Princípio da Presunção de Inocência; 1.5. Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*; 2. Provas; 2.1. Provas Ilícitas; 2.2. Provas que Dependem da Colaboração do Acusado Para Serem Produzidas no Direito Brasileiro: Provas Invasivas e Não Invasivas; 3. Aplicação das Provas Invasivas e Não Invasivas no Direito Processual Penal; 3.1. No Direito Brasileiro; 3.2 No Direito Italiano; 3.3. No Direito Francês; 3.4. No Direito Alemão; 3.5. No Direito Espanhol; 3.6. No Direito Português; 3.7. No Direito Argentino; 3.8. No Direito Inglês; 3.9. No Direito Norte-Americano; 3.10. No Direito Chileno; 4. Ponderação de Interesses Entre o Direito do Acusado de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo e à Segurança e à Vida de Outras Pessoas da Sociedade. Conclusão; Referências.

## **Introdução:**

O presente trabalho envolve aspectos ligados a vários ramos do Direito, notadamente o Direito Penal e o Direito Constitucional.

Propõe-se a discussão acerca da constitucionalidade das provas invasivas e não invasivas no direito constitucional penal, ou seja, será analisada a intervenção corporal e a sua validade como prova no processo penal. Sendo a prova analisada sob um aspecto constitucional e não de forma autônoma.

A polêmica que envolve o respectivo trabalho teve início com o princípio do *nemo tenetur se detegere* cujo significado é que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, tal princípio nasceu na época iluminista e ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º, LXIII, dispõe 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”.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* será tratado desde a sua evolução até a sua aplicação na produção das provas que dependem da colaboração do acusado. Neste ponto se mencionará sobre as provas invasivas e não invasivas, e verificar-se-á se as mesmas podem ser valoras como prova no processo penal e se haveria inconstitucionalidade ou não nesta valoração.

Serão, ainda, analisadas as provas ilícitas quando houver ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Por fim, serão analisados tipos específicos de provas invasivas e não invasivas tais como: o exame de sangue realizado sem autorização, o exame de DNA realizado em parte já expelida pelo organismo humano, o bafômetro, a coleta de prova em lixo já fora da casa do agente entre outros meios de prova que são hoje utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

As questões norteadoras do presente estudo são as seguintes: é possível identificar quando teve início o princípio do *nemo tenetur se detegere*? Havendo ofensa a tal princípio poderão as provas colhidas serem utilizadas no processo? É possível identificar o que são as provas invasivas e não invasivas? Essas provas podem ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro? Deve-se fazer uma ponderação de interesses para que essas provas sejam admitidas no ordenamento jurídico? Ao se aplicar estas provas há violação de mais algum direito fundamental?

O suporte teórico será dado, em sua maioria, por livros de Direito Penal, mormente as obras dos professores Luis Gustavo Grandimette (2006) e Maria Elisabeth Queijo (2003). Também serão utilizadas obras de Direito Constitucional entre elas as obras dos professores Guilherme Peña de Mores e Gilmar Mendes Ferreira, ainda serão utilizados artigos da internet e informes de julgados dos Tribunais Superiores.

## 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

### 1.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana começou a ser traçado com o cristianismo, tendo o homem sido criado à imagem e semelhança de Cristo e como tal deveria ser reconhecido como um valor fundamental em si mesmo.

Porém, foi com o Iluminismo que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ter um conceito mais racional.

O último momento marcante da evolução deste princípio foi a Segunda Grande Guerra Mundial, pois a barbaridade do nazismo e do fascismo levou, após a 2ª Guerra Mundial, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no plano internacional.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, ou seja, está acima da Constituição Federal.

No Brasil, este princípio, foi consagrado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º, III e 5º, III e é o valor nuclear da ordem constitucional. É o princípio maior, construído com base no Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade humana é de difícil conceituação, visto ser mais fácil definir o que não seja a dignidade humana a conceituá-la.

É o princípio mais universal de todos os princípios, sendo um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais princípios: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, isonomia, entre outros.

Em princípio, se pode dizer, que a dignidade humana, é uma qualidade intrínseca da pessoa e, portanto, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

A dignidade humana é um valor moral e espiritual inerente a qualquer pessoa e, em princípio, todos são iguais em relação a ela, não se fazendo qualquer distinção entre criminosos, pessoas de bem, incapazes (absoluta ou relativamente).

Segundo Maria Berenice Dias (ed.5º, p. 62, 2009) “o princípio da dignidade humana não representa apenas um limite de atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva”. E como limitação deverá evitar atos que vão contra a dignidade humana e garantir um mínimo existencial para cada ser humano.

## 1.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e possui previsão constitucional no *caput*, do art. 5º da CF. Segundo esse princípio todos os homens são iguais perante a lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações.

Esse princípio busca tratar os desiguais de forma desigual e os iguais de forma igual para torná-los iguais de fato. Portanto, é a própria Constituição Federal que traça os limites da desigualdade e os propósitos para a igualdade.

### 1.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo princípio da adequação pretende se saber se a medida restritiva utilizada para a obtenção do resultado é idônea ou não, sob pena da mesma ser considerada inconstitucional.

Já o subprincípio da necessidade irá verificar se a medida restritiva utilizada era ou não eficiente e, sendo eficiente, se era a menos gravosa a ser utilizada.

O último subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é utilizado quando não for suficiente o binômio, necessidade e adequação, para determinar a melhor medida restritiva a ser aplicada. Portanto, será este subprincípio que determinará o meio razoável e proporcional para se atingir a finalidade esperada por meio de uma ponderação de bens e valores.

### 1.4. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência surgiu na época iluminista tendo sido consagrado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Já, no Brasil, a presunção de inocência somente foi elevada a princípio constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988.

Segundo o princípio da presunção de inocência todo o acusado será considerado, inicialmente, inocente, até que se comprove sua culpa. Este princípio impede qualquer antecipação do juízo de culpabilidade ou condenação.

É com base nesse princípio que o acusado deve ser tratado durante a instrução criminal como inocente e, somente, após serem refutadas todas as teses defensivas é que a presunção de inocência poderá ser afastada, ou seja, o acusado terá o direito constitucional de ser considerado inocente até o momento em que seja proferida a sentença condenatória.

Um ponto importante sobre a presunção de inocência diz respeito ao fato de o acusado ter sido absolvido devido à falta de provas. Esse acusado absolvido por falta de provas será tão inocente quanto àquele que tendo sofrido a acusação provou no curso do processo que não era culpado, o princípio da presunção de inocência não faz qualquer distinção entre a forma com a qual o acusado foi declarado inocente no processo.

#### 1.5. PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O princípio do *Nemo tenetur se detegere* é também conhecido como o direito de não produzir prova contra si mesmo, pois segundo esse princípio ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Tal princípio é considerado direito fundamental. Segundo Maria Elizabeth Queijo (p. 55, 2003) “o princípio do *Nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indiciado a cooperar”.

Esse princípio também está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio do *Nemo tenetur se detegere* foi acolhido, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro devido à incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Foi em razão dessa incorporação e de acordo com o previsto no §2º do art. 5º da CF que o princípio do *Nemo tenetur se degenere* passou a ter hierarquia constitucional.

Portanto, esse princípio assegura a liberdade moral do acusado, pois ele protege o acusado de se auto-incriminar e, ainda, preserva a liberdade de autodeterminação garantindo ao acusado a livre escolha do comportamento processual.

O direito ao silêncio está intimamente ligado ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, pois ele diz respeito ao direito que o acusado possui de não responder as perguntas feitas pela autoridade. É o direito que o acusado possui de ficar em silêncio a respeito do fato investigado, não recaindo sobre ele um juízo de valoração negativo em razão de ter se mantido inerte quando do interrogatório.

## 2. PROVA

O termo prova tem origem no latim – *probatio* – que significa verificação, ensaio, exame, argumento, razão, confirmação ou aprovação. E dele deriva o verbo provar – *probare* – que significa ensaiar, examinar, reconhecer por experiência, estar satisfeito com algo.

Prova é todo o elemento trazido ao processo pelo juiz, pelas partes e por terceiros com a intenção de comprovar um fato. O instituto possui previsão legal no Código de Processo Penal no art. 156 e ss.

Para Guilherme de Souza Nucci (p. 15, 2009) “a prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio de instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por conseqüência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda”.

### 2.1. PROVAS ILÍCITAS

A previsão para a proibição da utilização das provas ilícitas está prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, esta proibição está diretamente ligada a outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, ao sigilo profissional entre outros.

As provas serão consideradas ilícitas quando forem obtidas de forma contrária às garantias constitucionais.

As provas ilícitas podem ser divididas em provas ilegais e provas ilegítimas. As provas ilegais são aquelas que violam preceito legal, ou seja, violam a norma penal. Já as provas ilegítimas são aquelas que ocorrem quando a violação se volta à própria norma processual penal.

Sendo assim, toda prova que for obtida com violação a normas constitucionais ou normas legais serão consideradas provas ilícitas e, portanto, deverão ser desentranhadas dos autos.

Haverá somente uma exceção na qual a prova ilícita será aceita no processo, será na hipótese de haver um conflito entre a prova ilícita e a inocência do réu. Neste caso, deve-se fazer uma ponderação entre a presunção de inocência do réu (e seu direito a ampla defesa) com a vedação da produção de prova ilícita e, nesta ponderação, deverá prevalecer o princípio da presunção de inocência do réu.

Porém se dá prova ilícita derivar outras provas estas novas provas também serão consideradas ilícitas por derivação e, da mesma maneira como a prova ilícita, deverão ser desentranhadas dos autos. A rejeição da prova derivada possui como fonte o *fruits of the poisonous tree* do direito americano. E o Supremo Tribunal Federal já aplicou esta teoria para considerar nulo todos os atos do processo, desde a denúncia.

Mas, a prova ilícita por derivação comporta exceções e, será admitida em dois casos: quando não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada; e quando a prova derivada puder ser obtida de uma fonte independente da prova ilícita.

Portanto, levando-se em consideração que todas as provas que violam norma constitucional ou normal legal são consideradas provas ilícitas, as provas invasivas e não invasivas quando realizadas sem o consentimento do acusado também serão consideradas provas ilícitas.

## 2.2. PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO PARA SEREM PRODUZIDAS NO DIREITO BRASILEIRO: PROVAS INVASIVAS E NÃO INVASIVAS.

Inicialmente, é necessário fazer uma breve análise a respeito do direito à integridade física. Esse direito comporta duas subespécies que são: o direito ao próprio corpo e o direito às partes separadas dele.

O direito ao próprio corpo é aquele que diz respeito à integridade física do organismo e que visa assegurar a dignidade da pessoa humana protegendo o réu de ter seu organismo violado, por exemplo, por meio de tortura.

Já o direito às partes separadas do corpo dizem respeito à integridade física dos órgãos, ou seja, o acusado possui direito às partes separadas de seu corpo como, por exemplo, órgãos, tecido, cabelo, saliva, sangue entre outros.

È com base no direito à integridade física que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois tipos de provas que dependem da colaboração do acusado para que sejam realizadas, são as provas invasivas e as provas não invasivas. Esses dois tipos de provas

também implicam na intervenção corporal do acusado, por isso dependem de sua colaboração, pois elas nada mais são do que a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado.

As provas invasivas são aquelas que para serem produzidas necessitarão de intervenções no próprio corpo do acusado. Já as provas não invasivas são aquelas em que não haverá a penetração no organismo do acusado, porém serão realizadas a partir de vestígios do corpo humano do acusado.

O Código de Processo Penal não traz regra expressa a respeito do dever do acusado de colaborar ou não para a realização desses tipos de provas, por este motivo caso o acusado se recuse a colaborar não poderá ser punido por isso, pois, como já mencionado, o réu não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, isto é o que prevê o princípio do *nemo tenetur se detegere* e do direito ao silêncio.

Tem-se como exemplo de provas invasivas o exame de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, também as buscas pessoais, denominadas de revistas poderão ser realizadas por meios invasivos ou não invasivos.

Já como exemplo de provas não invasivas ter-se-á o exame de DNA realizado a partir de fios de cabelo e pêlos, as identificações dactiloscópica, de impressões de pés, unhas e palmar e também a radiografia, empregada em buscas pessoais.

Tem-se, ainda, outro tipo de prova que, apesar de não acarretar intervenção corporal, dependem da colaboração do acusado. Como é o caso do reconhecimento pessoal, a acareação, o exame grafotécnico, a reconstrução do fato, o bafômetro e a prova documental.

### 3. APLICAÇÃO DAS PROVAS INVASIVAS E NÃO INVASIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E DIREITO COMPARADO

#### 3.1. NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, deve-se mencionar que o Código de Processo Penal e, ainda, o Código de Processo Civil, não mencionam em nenhum de seus artigos se o acusado deve colaborar ou não com as provas que serão produzidas.

A doutrina vem se manifestando no sentido de que a recusa do acusado em se submeter à prova invasiva e não invasiva não configura crime de desobediência e tampouco poderá esta recusa ser usada contra o acusado, apesar da jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal já ter tratado a recusa do acusado em produzir a prova como presunção em seu desfavor e, algumas vezes, ter aceitado a não produção de provas pelo acusado como crime de desobediência.

Porém, a jurisprudência mais nova vem tratando o assunto de forma diferente dizendo que, em razão do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, que servirão para incriminá-lo, pois, esse não tem o dever de fornecer tais elementos que lhe incriminarão.

Este mesmo entendimento vem predominando na doutrina que defende a incidência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, não se admite medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção de provas.

Da mesma maneira que a recusa do acusado em produzir tais provas não poderá ser considerada como crime de desobediência e nem como presunção de sua culpabilidade.

Tal questão é discutida em outros países como Itália, França, Alemanha, Espanha, Portugal, Argentina, Chile, Inglaterra e Estados Unidos. Por isso, irá se analisar brevemente como estes países vêm tratando tal assunto.

### 3.2. NO DIREITO ITALIANO

Assim como no direito brasileiro o ordenamento jurídico italiano não possui nenhum dispositivo que trate diretamente do assunto. Sendo assim, os doutrinadores italianos defendem que a utilização de meios coercitivos para a produção de provas representaria uma violação ao direito de defesa do acusado, além do que, seria um abuso de poder.

Na Itália, o exame de DNA só pode ser realizado com expresse consentimento do acusado, ou com materiais que não dependam de intervenção corporal, e se faltar o consentimento não poderá o juiz extrair nenhuma consequência que prejudique o acusado.

Já, em relação às técnicas invasivas e não invasivas, em 1998, foi comunicado à Presidência o projeto Flick que distinguiu estas técnicas, sendo certo que nenhuma das duas

técnicas para serem realizadas poderá provocar perigo à vida, à integridade física ou à saúde do acusado que será examinado.

Segundo este projeto somente admitir-se-á a coerção, nas provas invasivas, se o exame for indispensável para a constituição da prova e se o crime que estiver sendo apurado tiver sido cometido de forma dolosa e possuir pena de reclusão superior a três anos. Já, as provas não invasivas não dependerão de consentimento do acusado para serem realizadas.

Em relação às provas de inspeção corporal e reconhecimento, a doutrina italiana entende que não há direito do acusado a não colaborar, porém não se exige do acusado que ele tenha participação ativa ou comunicativa quando da produção da prova.

### 3.3. NO DIREITO FRANCÊS

Assim como no Brasil e na Itália, o ordenamento Francês não prevê em nenhum de seus dispositivos se deverá o acusado colaborar ou não com a produção de provas invasivas e não invasivas.

Porém, diferentemente do Brasil e da Itália, a França não reconhece a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* para a produção ou não das provas invasivas e não invasivas. Tanto que se admite que haja a coleta de material coercitivamente para a produção dessas provas, não sendo importante se houve ou não o consentimento do acusado.

### 3.4. NO DIREITO ALEMÃO

O direito alemão possui em seu ordenamento jurídico, especificamente no parágrafo 81a de seu Código de Processo Penal, permissão para que haja a intervenção corporal do acusado para a constatação de fatos importantes para o processo. Sendo assim, não há a necessidade do consentimento do ofendido para a produção dessas provas, tendo-se como limite o risco à saúde do acusado.

Desta forma, entende-se que o acusado é obrigado a fornecer a prova, independentemente de querer ou não sua produção, não se podendo falar em aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na Alemanha.

A única ressalva que o direito alemão faz para a produção das provas invasivas e não invasivas é de que é necessário autorização judicial para sua produção. E que, somente em caso de perigo na demora, o Ministério Público poderá ordenar a produção da prova.

### 3.5. NO DIREITO ESPANHOL

Assim como em outros países a Espanha também não possui em seu ordenamento norma específica sobre a possibilidade ou não da realização das provas invasivas e não invasivas no acusado. Sendo assim, há divergência na jurisprudência desse país.

A doutrina defende que inexistem no ordenamento jurídico espanhol normas que possam dar respaldo à produção das provas invasivas e não invasivas. E, diz, ainda, que as provas que causem dor ou traga prejuízo à saúde do acusado são inadmissíveis, uma vez que

violariam a integridade física do indivíduo. Afirma, ainda, que mesmo que haja consentimento do acusado se a prova colocar a sua saúde em risco ela será considerada ilícita.

Já a jurisprudência afirma que na *Ley de Enjiciamiento Criminal* há norma que autoriza a produção dessas provas. Porém, o Tribunal Constitucional firmou o entendimento de que estas provas poderão ser realizadas desde que haja autorização judicial, seja realizada com respeito à dignidade da pessoa humana e não seja degradante, devendo-se, ainda, analisar o caso em concreto.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* possui previsão expressa no art. 17.3 da Constituição espanhola, e tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a submissão do acusado às intervenções corporais não equivale a declaração de culpabilidade, não havendo ofensa ao princípio da presunção de inocência e, que estes meios de provas que poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

### 3.6. NO DIREITO PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico português possui no art. 172 n. 1 do seu Código de Processo Penal previsão expressa para a produção de provas invasivas e não invasivas, tal artigo dispõe que o acusado é obrigado a se submeter a tais provas e, havendo recusa do mesmo, este será compelido a produção da prova pela decisão judicial.

Porém, o direito português não prevê em nenhum de seus dispositivos que o acusado será obrigado a colaborar com a produção das provas, somente dispõe que ele é obrigado a se submeter a sua produção.

### 3.7. NO DIREITO ARGENTINO

O art. 18 da Constituição da Argentina prevê expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porém a jurisprudência excepcionará o mesmo em diversas ocasiões. Por exemplo, em relação ao exame de sangue, a jurisprudência entende que poderá ser realizado independentemente do consentimento do ofendido, só havendo limitação para a sua não realização quando houver perigo à vida do acusado.

Também entende a jurisprudência que não há a necessidade de se advertir do acusado de que a produção daquela prova, realizada com o seu consentimento, poderá incriminá-lo.

Sendo assim, apesar da previsão expressa do princípio do *nemo tenetur se detegere* na Constituição daquele país, verificasse que este não é amplamente aplicado e que em diversas hipóteses a jurisprudência admite que o acusado produza prova contra si mesmo, independentemente de ter consciência de que esta poderá ser utilizada contra ele.

### 3.8. NO DIREITO INGLÊS

A legislação inglesa, *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, detalha as normas referentes à produção de provas invasivas e não invasivas. O direito inglês distingue as provas invasivas das não invasivas.

As prova invasivas são denominadas *intimate samples*, estas provas incidem sobre a esfera íntima do acusado, tem-se como exemplo a coleta sanguínea. Já as provas não invasivas recebem o nome de *other samples* ou *non intimate samples*, são os outros tipos de provas que possuem caráter externo ou superficial, tem-se como exemplo a coleta de fios de cabelo.

Para que haja a realização das provas invasivas é necessário que estas sejam determinadas por oficial da polícia e será necessário que haja o consentimento do acusado, por escrito, para a sua produção. Ademais, somente serão realizadas se houver gravidade no crime cometido e importância na produção da prova para o caso concreto.

As provas não invasivas para serem produzidas não precisam de autorização do acusado, entretanto, somente serão produzidas se houver gravidade no crime e importância em sua produção para o caso.

A única prova não invasiva que é autorizada a ser produzida quando se tratar de crime menos grave, será a prova de coleta de saliva e células da boca.

### 3.9. NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Entende-se que no direito norte-americano não há violação ao *privilege against self-incrimination* em relação às provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção.

Pelo *privilege against self-incrimination* o acusado não pode ser constrangido a dizer algo, mas poder ser compelido a fazer alguma coisa, nos limites do *duo process of law*.

Entendem as Cortes norte-americanas que se o acusado se recusar em cooperar nos procedimentos para a sua identificação cometerá crime de desobediência.

### 3.10. NO DIREITO CHILENO

No direito chileno, admite-se a realização de exames corporais no acusado sempre que houver relevante interesse para as investigações, entretanto, estes exames somente poderão ser realizados se não houver ofensa à dignidade do acusado ou a sua saúde.

Porém, não será permitido, ao acusado, recusar-se a se submeter a esses exames, pois para que os exames sejam realizados bastará que o Ministério Público tenha decisão judicial permitindo a produção da prova.

## 4. PONDERAÇÃO DE INTERESSES ENTRE O DIREITO DO ACUSADO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO E À SEGURANÇA E À VIDA DE OUTRAS PESSOAS DA SOCIEDADE

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não dispor em nenhuma de suas normas expressamente sobre a produção ou não das provas invasivas e não invasivas pelo acusado e, a doutrina defender que não pode o acusado ser compelido a produzir estas provas, deve-se levar em consideração à vida e à segurança de outras pessoas da sociedade.

Ao se fazer uma ponderação entre os interesses individuais do acusado para não produzir as provas e o direito que possui a coletividade como um todo de ter segurança e direito a vida, deverá ser protegido o direito da coletividade.

Não se pode permitir que o acusado não produza a prova e coloque em risco a vida de diversas outras pessoas da sociedade. Por exemplo, se um indivíduo dirige bêbado, pelo princípio do *nemo tenetur se detegere*, não poderá esse ser obrigado a realizar o bafômetro ou exame de sangue para comprovar que estava dirigindo bêbado, porém pelo princípio à vida de todas as outras pessoas da sociedade ele deve ser obrigado a produzir a prova, pois ele não pode o mesmo colocar em risco a vida de outras pessoas.

Não se pode deixar de utilizar estes meios de provas em razão desta ponderação de interesses que se deverá fazer entre a vida e a segurança de diversas pessoas da sociedade e o direito que possui o acusado de não produzir provas contra si mesmo. Pois, neste caso, estar-se-à beneficiando uma pessoa em detrimento da segurança e da vida de diversas outras.

**Conclusão:**

No estudo desenvolvido neste trabalho, formularam-se algumas considerações importantes para o sistema probatório do direito processual penal. Foram apresentados de forma breve os princípios constitucionais que são aplicados no sistema probatório, assim como, os meios probatórios do direito penal.

Estudaram-se as provas invasivas e não invasivas de forma a demonstrar sua aplicação ou não no direito processual penal brasileiro.

Como foi visto, este meio probatório vem sendo amplamente utilizado no ordenamento jurídico, em detrimento ao direito que possui o acusado de não formular prova contra si mesmo.

Para que estas provas sejam aplicadas no direito brasileiro é importante que se faça uma ponderação de interesses entre o direito do acusado não produzir prova contra si mesmo e o direito à vida e à segurança que toda a coletividade tem.

Não se pode deixar de utilizar estes meios de provas em razão desta ponderação de interesses que se deverá fazer entre a vida e a segurança de diversas pessoas da sociedade e o direito que possui o acusado de não produzir provas contra si mesmo. Pois, estar-se-á beneficiando uma pessoa em detrimento da segurança e da vida de diversas outras.

Ao se levar em consideração somente a pessoa do acusado, não se poderá aplicar as provas invasivas e não invasivas sem sua autorização, mas, a partir do momento que se leva em consideração a segurança e a vida das demais pessoas da sociedade, estas provas invasivas e não invasivas passam a ser constitucionais e a podem ser aplicadas, pois não se pode colocar a vida da sociedade em risco pela não aplicação das provas invasivas e não invasivas.

Deve-se sempre fazer uma ponderação de interesses entre estes princípios (direito à vida X direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo) para que no caso concreto verifique-se qual deverá prevalecer em face do outro.

### Referências:

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002  
BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. 14. ed. Revista dos Tribunais.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constitucional: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIORI, Ariane Trevisan. *A Prova e a Intervenção Corporal: sua valoração no Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flavio. *Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 85, nº 729, PP. 377-87, jul. 1996.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *O princípio do Nemo tenetur se detegere e a prova no processo penal*. Disponível em <  
<http://www.fdc.br/Revista/..%5CArquivos%5CRevista%5C37/01.pdf>> . Acesso em 30 set. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Codigo de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: o princípio do Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 4. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.