



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E O DIREITO A NÃO  
AUTOINCRIMINAÇÃO

Juliana Ferreira Santos

Rio de Janeiro  
2018

JULIANA FERREIRA SANTOS

AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E O DIREITO A NÃO  
AUTOINCRIMINAÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL E O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Juliana Ferreira Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo** – a busca pela prova no processo penal é tarefa complexa, que exige estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se encontra o direito a não autoincriminação. Também conhecido pela máxima *nemo tenetur se detegere*, o direito a não autoincriminação consta de tratados internacionais e legislações por todo o mundo. Contudo, sua aplicação ainda é objeto de muita controvérsia, sobretudo no concerne às intervenções corporais. Isso se deve a grande dificuldade que há em se delimitar o âmbito de proteção da norma. No presente trabalho são feitas considerações com relação à origem do *nemo tenetur se detegere* e sua aplicação no direito comparado. Busca-se com isso determinar qual o parâmetro de proteção do direito a não autoincriminação e, conseqüentemente, demonstrar que a interpretação conferida pelo ordenamento jurídico pátrio ao referido direito não condiz com a razão para a qual foi criado.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Prova. Intervenções corporais. Direito a não autoincriminação. *Nemo tenetur se detegere*.

**Sumário** - Introdução. 1. A produção da prova no modelo acusatório de processo brasileiro e a problemática com relação ao parâmetro de interpretação conferido ao direito a não autoincriminação pelo ordenamento jurídico pátrio. 2. A *ratio essendi* do *nemo tenetur se detegere*: delineamento dos limites hermenêuticos de aplicação do princípio à luz de sua origem. 3. As intervenções corporais como meio de obtenção de prova no processo penal brasileiro e no direito comparado: uma análise em conformidade com os limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O direito a não autoincriminação, conhecido pelo termo *nemo tenetur se detegere* – ninguém está obrigado a se descobrir, é reconhecido e aplicado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Os limites atribuídos ao aludido direito, entretanto, variam de um país para outro. Em que pese esta variação, observa-se que na maioria dos países há considerável relativização do *nemo tenetur se detegere*.

O Brasil, no entanto, segue na contramão do mundo, pois confere ao direito a não autoincriminação uma interpretação hipertrofiada, ou seja, o ordenamento jurídico pátrio ao considerar o *nemo tenetur se detegere* como um limitador da busca pela verdade no processo penal extrapola os limites hermenêuticos de aplicação da norma, de modo que a persecução penal, mais especificamente no que concerne às intervenções corporais como meio de obtenção de prova, encontra-se engessada pela aplicação do referido direito.

O tema possui grande relevância na medida em que o direito a não autoincriminação possui status de direito fundamental, bem como porque tem estreita ligação com a efetividade da prestação da tutela jurisdicional na seara criminal.

A presente pesquisa científica enfoca nos limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere* a fim de justificar a aplicação das intervenções corporais como meio de obtenção de prova no processo penal. Para tanto, busca delimitar o campo de proteção do referido direito.

No primeiro capítulo do trabalho pretende-se demonstrar como se caracteriza a busca pela prova no modelo acusatório de processo penal brasileiro, bem como qual a norma que é utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio como parâmetro para a interpretação dos limites hermenêuticos do *nemo tenetur se detegere*.

Segue-se, no segundo capítulo, apresentando a origem e a evolução do *nemo tenetur se detegere*, com o intuito de estabelecer a finalidade da norma e seu âmbito de proteção.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se as intervenções corporais à luz dos limites hermenêuticos do direito a não autoincriminação, demonstrando como se dá a aplicação do *nemo tenetur se detegere*, contemporaneamente, no Brasil e ordenamentos alienígenas.

No tocante à metodologia, a pesquisa possui abordagem qualitativa na medida em que visa entender e interpretar fenômenos jurídicos que influenciam institutos relevantes do Direito. Quanto ao objetivo é descritiva-explicativa, pois busca apurar as causas dos fenômenos investigados, visando encontrar as respostas para as questões ou hipóteses formuladas. Já no que diz respeito ao procedimento é bibliográfica e documental, com a utilização dos métodos histórico e comparativo.

A escolha da pesquisa comparada decorre da necessidade da investigação do objeto de estudo no direito alienígena. A opção pelo método histórico se deu em razão da imprescindibilidade da análise da origem e da evolução do instituto objeto do estudo.

## 1. A PRODUÇÃO DA PROVA NO MODELO ACUSATÓRIO DE PROCESSO BRASILEIRO E A PROBLEMÁTICA COM RELAÇÃO AO PARÂMETRO DE INTERPRETAÇÃO CONFERIDO AO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Segundo leciona Mauro Fonseca Andrade<sup>1</sup>, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e a legislação infraconstitucional brasileira não determinaram

---

<sup>1</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*, 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 472-473.

expressamente qual o sistema processual penal adotado pelo Brasil. O que se verifica no ordenamento jurídico pátrio, segundo o autor, são modelos de processo.

No processo penal brasileiro encontra-se modelo de processo em que a investigação criminal é realizada por magistrado (caso de infrações criminais cometidas por juízes e caso em que há a prática de algum crime na sede ou nas dependências do Supremo Tribunal Federal)<sup>2</sup>. Nessas hipóteses, o juiz que realiza a investigação é o mesmo que julga o processo, como ocorria nos juizados de instrução, típicos do sistema misto.<sup>3</sup> A investigação criminal nesse modelo se dá dentro de um processo, o que reforça a ligação com o sistema misto, uma vez que neste a investigação criminal tem cunho processual.<sup>4</sup>

Entretanto, deve-se reconhecer que no Brasil prevalece o modelo acusatório de processo.<sup>5</sup> Isso pode ser afirmado porque nos demais ritos processuais encontrados no ordenamento brasileiro há atribuição das funções de acusação (e investigação) e de julgamento a órgãos distintos, bem como porque o processo só tem início com o oferecimento da acusação.<sup>6</sup>

No modelo acusatório de processo, compete, em regra, às partes a produção de provas. Entretanto, excepcionalmente, poderá o juiz ter uma participação mais ativa ao longo da fase probatória.<sup>7</sup>

Em um Estado Democrático de Direito, a busca pela verdade no processo penal tem como escopo a proteção de direitos fundamentais não só do acusado, como também da vítima e da sociedade. Portanto, a condenação ou absolvição de um réu deve se pautar em premissas corretas.<sup>8</sup>

Sabe-se que não é possível replicar os fatos dentro de um processo. O fato encontra-se no passado, de modo que nunca poderá ser repetido. Nesta linha, constata-se que a verdade a ser buscada pelo processo não é uma verdade material, compreendida como a verdade real, mas sim uma verdade processual.

Entende-se por verdade processual aquela que, condicionada aos parâmetros constitucionais e legais, almeja chegar ao maior grau possível de proximidade com o fato

---

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> NOVAES, Felipe. *Sistemas de Investigação Preliminar: a (im)possibilidade dos Juizados de Instrução*. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>4</sup> ANDRADE, op. cit., p. 472.

<sup>5</sup> Ibid., p. 473.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p.10.

<sup>7</sup> ANDRADE, op. cit., p. 111.

<sup>8</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

ocorrido. É uma verdade aproximada, probabilística. Esta maior proximidade quanto possível com a realidade não deve só ser estimulada pelo juiz, mas deve também ser objetivada por este.<sup>9</sup>

Dessa maneira, verifica-se que o juiz, dentro de um modelo acusatório de processo e na busca pela verdade processual, poderá valer-se de poderes instrutórios sempre que considerar necessário, observados os limites impostos pela Constituição e pela lei.

Nesse sentido, não há inconstitucionalidade nos dispositivos que autorizam ao juiz a determinar, de ofício, a produção de determinada prova. A referida conduta não afeta a imparcialidade do magistrado, pois este não conhece o resultado que da produção da prova advirá.<sup>10</sup>

O juiz, ao verificar, por exemplo, a insuficiência defensiva, deverá atuar na instrução probatória, de modo a proteger os direitos do acusado. Assim, caso constate o magistrado a existência de provas que, não requeridas pela defesa, podem inocentar o réu, poderão estas ser requeridas de ofício.<sup>11</sup>

Diferentemente ocorre com relação ao ônus probatório da acusação. O juiz não pode substituir ao Ministério Público, ou seja, não pode atuar de ofício a fim de suplementar a atividade probatória do órgão ministerial. Isso seria admitir uma iniciativa acusatória do juiz penal.<sup>12</sup>

O que se admite do juiz é uma iniciativa probatória para dirimir dúvida sobre ponto relevante, conforme dispõe o art. 156, II do Código de Processo Penal<sup>13</sup>.

Entende-se, contudo, que a dúvida a ser dirimida não pode inovar no processo, isto é, não poderá trazer ao processo algo que não foi alegado pelas partes.

Verifica-se assim que a imparcialidade do juiz não está relacionada à sua inércia. A imparcialidade tem por base a submissão das provas ao contraditório e a motivação das decisões judiciais.<sup>14</sup>

Dessa forma, poderá o magistrado valer-se da utilização de todos os meios legais de obtenção de prova quando estes forem imprescindíveis à elucidação dos fatos.

Todavia, o juiz só pode admitir como meio de obtenção de prova, seja por iniciativa

---

<sup>9</sup> 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. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-60.

<sup>10</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.338.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>14</sup> BEDAQUE, op. cit., p. 117-118.

das partes ou de ofício, aquilo que não viole as garantias fundamentais do acusado.

Não pode ser atribuído à “verdade” valor maior do que aos direitos fundamentais do acusado, bem como não pode esta ser colocada em patamar mais elevado que a função social do processo, qual seja, a pacificação social.<sup>15</sup>

Nesta temática reside o suposto conflito entre o *nemo tenetur se detegere*, direito a não autoincriminação, e a busca pela verdade no processo penal, consubstanciado, mais especificamente, na produção de provas que necessitam de intervenção corporal ou que dependam de uma conduta ativa do acusado.

Diz-se suposto conflito porque, em verdade, não existe tal incompatibilidade, o que há é uma dificuldade em seu delimitar o que caracteriza violação a direitos fundamentais do acusado.<sup>16</sup>

Essa dificuldade é maior ainda no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque no Brasil o direito a não autoincriminação é interpretado à luz da ampla defesa.

Segundo afirma Aury Lopes Junior<sup>17</sup>, do princípio *nemo tenetur detegere* “desdobram-se importantes vertentes, como o direito ao silêncio e a autodefesa negativa”.

Leciona ainda o autor<sup>18</sup> que:

[...] a defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito do imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais etc.). [...]

No mesmo sentido, Antônio Scarence<sup>19</sup> afirma que:

[...] já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. [...]

Ainda, Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>20</sup>, assevera que:

---

<sup>15</sup> QUEIJO, op. cit., p. 67.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.435.

<sup>18</sup> Ibid., p.375-376.

<sup>19</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264.

<sup>20</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.119.

[...] o que se deve contestar em relação a essas intervenções ainda que mínimas, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si. [...].

Partindo de tal premissa o Poder Judiciário Brasileiro - ao contrário do que se verifica nas legislações europeias, anglo-americana e em alguns países da América do Sul<sup>21</sup> - tem conferido ao direito a não autoincriminação amplíssima proteção, o que vem, em muitos casos, inviabilizando a correta aplicação da tutela jurisdicional na seara criminal.

A aplicação do *nemo tenetur se detegere* como ocorre hoje no ordenamento jurídico brasileiro não condiz com a finalidade para a qual o referido direito foi criado, ou seja, não está de acordo com sua *ratio essendi* - razão de ser, que é assegurar a dignidade da pessoa humana.

## 2. A *RATIO ESSENDI* DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: DELINEAMENTO DOS LIMITES HERMENÊUTICOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO À LUZ DE SUA ORIGEM

Segundo leciona Maria Elizabeth Queijo<sup>22</sup>, o direito a não autoincriminação assumiu, ao longo do tempo, vários significados, sendo reconhecido também por outras máximas: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum pro- dere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*. No direito anglo-americano denominou-se *privilege against self-incrimination*.

Para compreensão dos limites hermenêuticos do direito a não autoincriminação importante realizar uma análise histórica de sua evolução.

Não é possível se determinar com exatidão a origem do *nemo tenetur se detegere*. Entretanto, existem na Antiguidade alguns textos que remetem a esta ideia.

Alguns afirmam estar no direito Hebreu a origem do direito a não autoincriminação, pois não era permitido ao acusado depor contra si mesmo, tendo em vista que a confissão era considerada manifestação do estado de loucura<sup>23</sup>. Doutrina diversa, entretanto, vincula a origem ao direito canônico em razão dos diversos textos escritos à época em prol da proteção

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.389.

<sup>22</sup> QUEIJO, op. cit., p. 28.

<sup>23</sup> Ibid., p. 29.

do réu, por todos Graciano, que repudiava a tortura.<sup>24</sup> Nos textos canônicos encontra-se a máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, que dispunha que ninguém deve ser obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha. O homem era obrigado a revelar seus erros somente à Deus.<sup>25</sup>

Contudo, pode-se dizer que as alusões ao *nemo tenetur se detegere* na Antiguidade não tiveram força suficiente para, naquele momento, florescerem, tendo o referido direito sido sufocado pelo sistema inquisitorial nos séculos que se seguiram.

Ensina Wagner Marteleto Filho<sup>26</sup> que durante os séculos XIII a XVII vigorou na Europa Continental o sistema inquisitorial, que foi estabelecido em 1215 pelo IV Concílio de Latrão. Neste período a Igreja tinha grande influência sobre a Monarquia, e havia confusão entre delito e pecado. O emprego da tortura era usado em toda a Europa Continental tanto nas Cortes Seculares quanto nas Eclesiásticas e tinha como finalidade obter a confissão, sendo esta considerada a rainha das provas. O acusado era submetido a *ex officio oath* - juramento de ofício, no qual estava obrigado a *veritate dicenda* – obrigação de dizer a verdade. Em 1252 foi instituída pela monarquia a Bula *Ad Extirpanda*, que regulamentou o emprego das torturas no procedimento. Havia, portanto, uma complementa ausência do direito a não autoincriminação que foi verdadeiramente soterrado durante este período.

Com o advento do iluminismo no século XVIII surgiram críticas à desumanidade do sistema inquisitorial, especialmente no que concerne a prática da tortura como meio de obter confissão. Como exemplo, pode-se citar o conhecido libelo “Dos Delitos e das Penas”, no qual Beccaria condenava o sistema vigente em defesa da dignidade da pessoa humana. As críticas iluministas culminaram na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trouxe em seu bojo a presunção de inocência (art. 9º) e a proibição da tortura.<sup>27</sup>

A partir do século XVIII, portanto, nos países de *civil law* o acusado passou a ser reconhecido não mais como um mero objeto de prova, alçando ao patamar de sujeito de direito, isto é, sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais. Ao acusado, em razão de sua nova posição, foi garantido o direito ao silêncio consubstanciado na abolição do juramento de ofício e da prática da tortura, de modo a garantir o direito à vida e a integridade física e psíquica do acusado.

---

<sup>24</sup> COUCEIRO, José Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

<sup>25</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. *O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do nemo tenetur se detegere*, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, 2011. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 04 set. 2018.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid.

Na Inglaterra o direito a não autoincriminação começou a ganhar força a partir da Carta Magna 1215, segundo a qual nenhum homem poderia ser punido, exceto pela *law of the land* - lei da terra - e por julgamento realizado por seus pares.

O *privilege against self compelled incrimination* ganhou contornos significativos durante os séculos XIII a XVII, em que houve um confronto entre as cortes de *common law* e as cortes eclesiásticas. Ou seja, um conflito entre a jurisdição civil e eclesiástica. Isto porque nas cortes de *common law* vigorava o sistema acusatório, tendo em vista que o procedimento criminal era fundado no julgamento pelo Júri (*Trial Jury*). De outro lado, as cortes eclesiásticas aplicavam um procedimento tipicamente inquisitorial e utilizavam-se da *veritate dicenda*, isto é, submetiam os acusados ao juramento de dizer a verdade e a busca incessante pela confissão. Nessas cortes a recusa ao juramento de ofício equivalia à admissão de culpa. Nesse período foi instituído, inclusive, o Estatuto de *Haeretico Comburendo*, que permitia queimar os hereges. Do confronto entre as Cortes de *common law* e eclesiásticas surgiram, no século XVII, o *Writ e o Habeas Corpus*. O primeiro visava impedir o juramento de ofício, o segundo proteger o acusado da ilegalidade das privações de liberdade impostas pelas cortes eclesiásticas. Só em 1641 houve a extinção das cortes eclesiásticas.<sup>28</sup>

Ademais, a defesa nas cortes de *common law* até meados do século XVIII era exercida de forma pessoal pelo próprio acusado – sistema *accused speaks*, de modo que o exercício do direito ao silêncio acabava por caracterizar renúncia ao direito de defesa, ou seja, um verdadeiro suicídio processual.<sup>29</sup>

No final do século XVII, nos processos por traição, foi permitido ao acusado apresentar testemunhas de defesa e ser assistido por advogado. Isto se deu com a edição, em 1696, da *Treason Act*. Em 1730 foi permitida a atuação de advogados também nos crimes comuns, tendo tal prerrogativa se consolidado em 1780, embora ainda prevalecesse a autodefesa do acusado, uma vez que ao defensor não era permitido falar ao júri. Somente em 1836 o advogado pode se dirigir ao júri, superando com isso o sistema *accused speaks*.<sup>30</sup>

Assim, pode-se concluir que o direito a não autoincriminação surge na Antiguidade com o intuito de garantir ao acusado o direito de ficar calado quando este fosse submetido a julgamento sob o argumento de que nenhuma pessoa estaria obrigada a expor sua vergonha a ninguém, somente a Deus. É a aplicação do *nemo tenetur se detegere* na sua vertente mais genuína, qual seja, do direito ao silêncio.

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

Posteriormente, reaparece como uma forma de defesa contra o sistema inquisitorial que se instalou nos países da Europa Continental e nas cortes eclesiásticas da Inglaterra nos séculos XIII a XVII, tendo por finalidade a proteção do acusado contra a prática de condutas desumanas, como a tortura, que colocava em risco sua vida e integridade física e psíquica.

Nas cortes de *common law* o direito a não autoincriminação se consagra no século XVIII com a superação do sistema *accused speaks*, e com isso reafirma o direito do acusado de manter-se em silêncio durante o julgamento se assim desejar.

Desse modo, chega-se a conclusão que o princípio basilar à análise do direito a não autoincriminação é o princípio da dignidade da pessoa humana, seja na sua vertente do direito à intimidade tomando-se por critério que o acusado não está obrigado a revelar sua vergonha, seja na vertente do direito à vida e a integridade física e psíquica, adotando-se como premissa que se deve proteger o acusado de condutas desumanas.

Corroborando tal afirmação há os tratados internacionais, que o Brasil é signatário, segundo os quais o *nemo tenetur se detegere* abrange o direito ao silêncio, que inclui o direito de não depor contra si mesmo e de não se declarar culpado; direito de não ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; direito a integridade física, psíquica e moral; e o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem ofensas à sua honra ou reputação.<sup>31</sup>

Vale dizer, o direito a não autoincriminação não tem como fundamento a ampla defesa, mas sim garantir que a dignidade humana do acusado seja preservada.

### 3. AS INTERVENÇÕES CORPORAIS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS LIMITES HERMÊNUTICOS DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

No Brasil, como já visto, o *nemo tenetur se detegere* é interpretado à luz da ampla defesa, mas especificamente, do direito de defesa pessoal negativa.

Em decorrência disso, no ordenamento jurídico brasileiro as intervenções corporais são analisadas sobre dois prismas: i) se a prova é de cooperação ativa ou passiva; e ii) se a prova é de intervenção corporal invasiva ou não-invasiva.

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Breves notas sobre a não autoincriminação*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jsui/bitstream/2011/37476/breves\\_notas\\_sobre\\_oliveira.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jsui/bitstream/2011/37476/breves_notas_sobre_oliveira.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

A prova de cooperação ativa é aquela que exige uma conduta positiva por parte do autor do fato. Ex.: soprar um bafômetro; perícia grafotécnica. Já de cooperação passiva é aquela em que se exige uma postura de tolerância por parte do réu durante a atividade probatória do Estado, isto é, que o réu tolere que o Estado produza uma prova sobre ele. Ex.: exame de raios-x; reconhecimento pessoal.<sup>32</sup>

O réu só pode recusar-se a realizar a prova de cooperação ativa. Já a prova de cooperação passiva o réu é obrigado a tolerar porque essa prova não exige nenhum comportamento ativo dele, mas uma mera tolerância passiva.

A prova invasiva é aquela que rompe os limites físicos do corpo, vale dizer, em que há penetração no corpo. Ex.: extração de sangue. Por outro lado, a prova não invasiva não rompe os limites físicos do corpo. Ex. identificação dactiloscópica; prova que está na superfície do corpo ou material biológico que já foi expelido por ele (pele debaixo da unha da vítima; fios de cabelo; Saliva na guimba do cigarro).<sup>33</sup>

O réu só pode recusar-se a realizar a prova se esta for de intervenção corporal invasiva. Já quanto às provas de intervenção corporal não invasiva o réu não pode se opor.

Nesse sentido entende o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>34</sup> que o acusado tem o direito de permanecer em silêncio, de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal.

Tal posicionamento se verifica, inclusive, na seara cível onde a Corte Suprema assentou jurisprudência no sentido de que discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara",

---

<sup>32</sup> QUEIJO, op. cit., p. 299.

<sup>33</sup> Ibid., p. 290.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96219*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA.<sup>35</sup>.

Essa é a interpretação dada pelo ordenamento jurídico pátrio ao *nemo tenetur se detegere* no que tange às intervenções corporais.

Assim, portanto, no direito brasileiro tem prevalecido que o réu não está obrigado a cooperar com a produção de provas e nem a se submeter a intervenções corporais, não podendo sua negativa ser interpretada em seu desfavor, isto é, sua recusa não pode configurar crime de desobediência; não pode gerar presunção de veracidade dos fatos; e não pode gerar presunção de culpabilidade<sup>36</sup>.

Ademais, a legislação brasileira é escassa no que tange às intervenções corporais como meio de obtenção de prova, e quando estas são previstas pela lei não são bem aceitas pela jurisprudência. É o que ocorre com a Lei nº 12.654/12<sup>37</sup>, que alterou as Leis nº 12.037/09<sup>38</sup> e nº 7.210/84<sup>39</sup>, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. O art. 9-A da Lei nº. 7.210/84<sup>40</sup>, que teve sua redação dada pela Lei nº. 12.654/12<sup>41</sup> encontra-se com sua constitucionalidade discutida no RE 973837<sup>42</sup>, estando afetado à Repercussão Geral - Tema 905.

Entretanto, o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico pátrio não é o mesmo que se verifica no direito comparado. Neste, tanto nos países de *civil law* como nos países de *common law*, a relativização do *nemo tenetur se detegere* ganhou contornos significativos: de um lado garante a efetividade da persecução penal e de outro os direitos fundamentais do acusado.

Importante trazer, a título de exemplo, as disposições constantes em alguns ordenamentos alienígenas.

O direito alemão permite a investigação corporal do acusado mesmo que contra sua vontade para elucidar fatos importantes do processo. O parágrafo 81 “a” do Código de

---

<sup>35</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 7137*. Rel. Min. Francisco Rezek. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf> >. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>36</sup>Idem, op. cit., p. 315.

<sup>37</sup>Idem. *Lei nº 12.654*, de 29 de maio de 2012. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>38</sup>Idem. *Lei nº 12.037*, de 02 de outubro de 2009. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>39</sup>Idem. *Lei nº 7.210*, de 13 de julho de 1984. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>40</sup>Idem, op. cit., nota 29.

<sup>41</sup>Idem, op. cit., nota 27.

<sup>42</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 973837*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Processo Penal alemão (StPO) regulamentou a possibilidade de intervenção corporal de caráter invasivo<sup>43</sup>. A referida norma determina que, desde que não cause risco para a saúde do acusado, serão admitidas ingerências corporais a serem realizadas por médico que funcionará como perito, sendo prescindível o consentimento do acusado. Em 1997, foi também introduzido no StPO o parágrafo 81 “e” permitindo a coleta de material sanguíneo na forma do parágrafo 81 “a”. A medida deve ser ordenada pelo juiz, mas poderá também ser ordenado pelo Ministério Público, em caso de urgência<sup>44</sup>.

No mesma linha segue o direito português. O artigo 172 do Código de Processo Penal português aduz que “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”. O referido artigo trata da sujeição a exames, de sorte que é possível, a realização de intervenção corporal, mesmo sem consentimento do acusado, desde que autorizada por decisão judicial e que respeitada a dignidade (art. 172, 3, do Código de Processo Penal)<sup>45</sup>.

Na Itália, o art. 224-bis do Código de Processo Penal Italiano passou a estabelecer a possibilidade de intervenção corporal coercitiva para a coleta de cabelo, pelo ou mucosa da boca, desde que por meio de autorização judicial<sup>46</sup>.

No Chile, Colômbia e Peru também há previsão de intervenção corporal mesmo sem consentimento do acusado. O art. 197 do código chileno permite extração de sangue ou outros materiais análogos, desde autorizada por juiz e respeitada à saúde e dignidade do indivíduo. Já art. 249 do Código Colombiano permite, sempre que isto resulte necessário para os fins da investigação, a obtenção de amostras de fluidos corporais, desde que autorizado pelo juiz de garantias. O Código peruano em seu artigo 211 também traz como requisito a necessidade de autorização judicial e que o delito seja sancionado com pena privativa de liberdade superior a 04 anos.<sup>47</sup>

O Código uruguaio, no entanto, permite a realização de intervenções corporais (extração de sangue, sêmen, pelo ou cabelo) desde que com a permissão do acusado, não se admitindo a coleta coativa. A recusa injustificada do acusado em se submeter à intervenção

---

<sup>43</sup> HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, nº 39, p. 222, 2007.

<sup>44</sup> QUEIJO, op. cit., p. 329.

<sup>45</sup> QUEIJO, op. cit., P. 339-340.

<sup>46</sup> MARTELETO FILHO, op. cit., nota 25.

<sup>47</sup> Ibid.

acarreta presunção negativa, que poderá influir na decisão do juiz<sup>48</sup>.

Nos países de *common law* a intervenções corporais também se apresentam, e podem ser introduzidas no ordenamento por meio de lei ou precedentes estabilizados.

Na Inglaterra, há lei. O *Criminal Police Evidence Act de 1984* faz distinção entre amostra biológica íntima e não íntima. As íntimas são consideradas invasivas e as não íntimas não invasivas. Com o advento do *Criminal Justice and Public Order Act de 1994*, modificado parcialmente pelo *Criminal Justice Act de 2003*, as coletas de saliva e de células da boca passaram a ser classificadas como não invasivas<sup>49</sup>. Em contrapartida são consideradas invasivas as coletas de sangue, sêmen e tecidos extraídos de zona púbica ou orifícios<sup>50</sup>.

As coletas invasivas se destinam aos crimes graves, sendo necessário à sua execução o consentimento do acusado por escrito e determinação de oficial de polícia mediante autorização por ele expedida. Não é possível a coleta forçada. Contudo, a recusa injustificada poderá ser valorada quando do julgamento. Já as coletas não invasivas se destinam aos crimes menos graves e prescindem do consentimento do acusado<sup>51</sup>.

Nos Estado Unidos, entende-se que a 5ª Emenda<sup>52</sup> abrange tão somente prova de natureza testemunhal ou comunicativa, isto é, garante ao acusado o direito de não ser obrigado a dar declarações orais que possam lhe prejudicar, e, em algumas hipóteses, à apresentação de documentos<sup>53</sup>.

No direito norte-americano é permitida a execução coercitiva da coleta de sangue, observando-se que a recusa pode acarretar crime de desobediência, bem como possibilitar que a acusação use a negativa em prejuízo do réu quando do julgamento<sup>54</sup>.

A premissa usada por esses países, para auferir se determinado meio de prova viola ou não o direito a não autoincriminação, é o princípio da dignidade humana, e não o direito a ampla defesa.

Contudo, para que as intervenções corporais sejam consideradas constitucionais, além de não violar a vida, a intimidade e a integridade física e psíquica do acusado, devem obedecer a determinados requisitos.

Em primeiro lugar é necessário que a intervenção corporal seja imprescindível à

---

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> QUEIJO, op. cit., p. 355.

<sup>50</sup> HADDAD, op. cit., p. 223.

<sup>51</sup> QUEIJO, op. cit., p. 348-349.

<sup>52</sup> Dispõe a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos “*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*” (nenhuma pessoa deve ser compelida em algum processo criminal a ser testemunha contra si mesmo – trad. livre).

<sup>53</sup> HADDAD, op. cit., p. 223.

<sup>54</sup> Ibid., p. 355.

elucidação dos fatos, ou seja, deve caracterizar prova indispensável ao processo.

O segundo requisito diz respeito à previsão legal. A intervenção corporal deverá estar disposta em lei que discipline como se dará a colheita da prova.

Além disso, outros dois requisitos indispensáveis são a autorização judicial e a realização por médico.

A autorização judicial deverá ser prévia, podendo o controle jurisdicional ser realizado *a posteriori* em casos de extrema urgência.

O exame deve ser sempre realizado por médico a fim de que seja preservada a integridade física do investigado ou acusado.

Com relação às consequências da recusa, entende-se que não se pode coagir o acusado a se submeter às intervenções corporais, em que pese seja assim em alguns países.

Nada obstante, a recusa injustificada do acusado deve configurar indício de culpabilidade a ser valorado em seu prejuízo desde que corroborada por outros meios de prova.

Nesse sentido é a lição de José Cláudio Couceiro<sup>55</sup>:

[...] A negativa a se submeter à prática de exame deve implicar apenas em indício de culpabilidade, invertendo o ônus da prova. Se for certo que tal inversão não é o bastante, por si só, para invalidar o princípio da presunção de inocência, não menos correto é afirmar que a mesma pode ser cotejada com as demais provas, permitindo inferência contra o agente, para validamente embasar o decreto condenatório. Tal interpretação, como acima mencionado quanto a direito ao silêncio, não significa acabar com a garantia que proíbe seja o agente compelido a fornecer prova contra si mesmo. Apenas procura equilibrar os valores em jogo na apuração dos fatos no processo penal. [...]

Igualmente, ensina Eugênio Pacelli<sup>56</sup>:

[...]. O que se nos afigura perfeitamente possível é que o Juiz Criminal, quando diante de um quadro probatório existente, mas ainda insuficiente, possa valer-se da presunção (legal) para, diante da ausência de explicações minimamente razoáveis para a citada recusa (ao meio de prova válido), convencer-se em um ou outro sentido. Que seja até mesmo à conta de um critério de proporcionalidade, quando se tratar de infrações de natureza grave e cuja apuração revele-se demasiadamente complexa ou de difícil acesso. [...]

Desta forma, com base nos limites hermenêuticos de criação do *nemo tenetur se detegere*, que foi seguido pelo direito comparado, deve o ordenamento jurídico brasileiro rever seu parâmetro de interpretação do aludido direito, de modo que qualquer diagnóstico

<sup>55</sup> COUCEIRO, op. cit., 358-359.

<sup>56</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 411.

sobre a cooperação do acusado ou sobre as intervenções corporais como meio de obtenção de prova deverá ser feito à luz do princípio da dignidade humana, não devendo ser aceitas apenas as condutas que violem a vida, a intimidade e a integridade física e psíquica do acusado.

## CONCLUSÃO

A pesquisa apurou inicialmente que a busca pela verdade no processo penal deve ser limitada aos preceitos constitucionais e legais, de modo que cabe ao juiz garantir ao acusado a inviolabilidade de seus direitos e garantias fundamentais.

A grande controvérsia, segundo destrinchou a pesquisa, gira em torno da definição do que é considerado violação a direitos e garantias fundamentais do acusado. E nesta temática trabalhou o suposto conflito entre as intervenções corporais e o direito a não autoincriminação.

Como analisado no primeiro capítulo, isso se dá ao fato de que o parâmetro de interpretação utilizado pelo Brasil em relação ao *nemo tenetur se detegere* é o direito fundamental a ampla defesa, mais especificamente, no seu viés negativo – defesa pessoal negativa, segundo a qual ninguém está a obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ocorre que, como visto no segundo capítulo, o *nemo tenetur se detegere* surge primeiramente na Antiguidade na sua vertente mais genuína, qual seja, do direito ao silêncio, sob o fundamento de que o indivíduo estava obrigado a revelar os seus pecados somente a Deus, revelar-se era tido como manifestação do estado de loucura.

Entretanto, o *nemo tenetur se detegere* ganhou contornos significativos posteriormente como uma resposta ao sistema inquisitorial que vigorou durante os séculos XIII a XVII tanto na Europa Continental como nas cortes eclesiásticas da Inglaterra. O objetivo era impedir a prática da tortura, protegendo assim a vida e a integridade física e psíquica do acusado. Em seguida consagrou-se nas cortes de *common law* com a superação do sistema *accused speak*, reafirmando o direito do acusado de manter-se em silêncio.

Desta forma, concluiu-se que o parâmetro de interpretação do *nemo tenetur se detegere* é o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e não o direito fundamental à ampla defesa.

Tanto é assim que, conforme averiguado no terceiro capítulo, as legislações europeias, anglo-americana e da América do Sul permitem que sejam realizadas intervenções corporais invasivas, sendo que em alguns desses países pode haver, inclusive, a submissão forçada a esse tipo de exame, enquanto em outros a recusa injustificada acarreta indício de

culpabilidade ou até constitui infração penal autônoma. Em contrapartida no Brasil, segundo o STF e maior parte da doutrina, só são permitidas intervenções corporais não invasivas.

Assim, o entendimento a que se chegou foi no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro deve rever seu parâmetro de interpretação para que somente não sejam permitidas as intervenções corporais que atentem contra a vida e a integridade física e psíquica, corolários da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE. Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210*, de 13 de julho de 1984. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.037*, de 02 de outubro de 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.654*, de 29 de maio de 2012. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96219*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº HC 7137*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Bibliografiabancosperfis2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 973837*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente>>

=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COUCEIRO, José Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais: regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n° 39, p. 216-253, Jul./Set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do nemo tenetur se detegere*, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 04 set. 2018.

NOVAES, Felipe. *Sistemas de investigação preliminar: a (im) possibilidade dos juizados de instrução*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/03/19/sistemas-de-investigacao-preliminar-a-impossibilidade-dos-juizados-de-instrucao/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Breves notas sobre a não autoincriminação*. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/37476/breves\\_notas\\_sobre\\_oliveira.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/37476/breves_notas_sobre_oliveira.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

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*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.