

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AMANDA DE OLIVEIRA MOTA

**A LIMITAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NAS INTERVENÇÕES
CORPORAIS PROBATÓRIAS**

São Luís/MA

2016

AMANDA DE OLIVEIRA MOTA

**A LIMITAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NAS INTERVENÇÕES
CORPORAIS PROBATÓRIAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Dr. Roberto Carvalho
Veloso.

São Luís/MA

2016

AMANDA DE OLIVEIRA MOTA

**A LIMITAÇÃO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NAS INTERVENÇÕES
CORPORAIS PROBATÓRIAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ / ____ / 2016. Nota: ____

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Dr. Roberto Carvalho Veloso – Orientador

Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador

Universidade Federal do Maranhão

São Luís/MA

2016

Dedico esta conquista à minha mãe, que sempre me apoiou e deu forças para continuar. Obrigada por ser o ponto de luz no meu caminho, me guiando sempre nos caminhos de Deus.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus por todas as conquistas que obtive ao longo da vida, e todas aquelas que ainda virão. Obrigada por permitir que eu seja instrumento da tua justiça e amor, levando paz e compaixão a todos que necessitam.

Aos meus familiares, agradeço a compreensão de tantas horas abdicadas em função dos estudos, vocês são minha fortaleza e motivação. Obrigada por sempre me direcionarem no caminho do bem e me apoiarem sempre.

À Defensoria Pública do Estado do Maranhão que me ensinou o verdadeiro sentido de amor ao próximo, demonstrando como a compaixão é essencial na aplicação do direito. À todos os Defensores Públicos que dividiram seus conhecimentos e me tornaram advogada.

Ao meu orientador, por auxiliar nos momentos de pesquisa, sendo sempre disponível e aberto às discussões sobre o tema.

A todos os funcionários da Universidade Federal do Maranhão que contribuíram para a finalização deste sonho.

“Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma que do que o corpo”.

(G. de Mably)

RESUMO

A limitação dos direitos fundamentais é tema de bastante discussão entre a doutrina atual, questionando-se se os direitos e garantias dos indivíduos podem ser limitados quando em confronto com outros princípios. Apesar de o entendimento majoritária admitir a possibilidade de limitação de certos preceitos fundamentais, sob a justificativa de que nenhum deles é absoluto, o *nemo tenetur se detegere* ainda se encontra em um limbo jurídico, no qual giram em torno os entendimentos que legitimam sua restrição e aqueles que rechaçam essa possibilidade. Nas intervenções corporais probatórias, esta restrição torna-se ainda mais problemática, haja visto que o indiciado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Nos casos em que há consentimento do agente passivo, não se revela qualquer tipo de discussão, uma vez que a autodefesa é plenamente renunciável sem que caracterize mácula a um direito fundamental. Porém, quando este consentimento não existe, paira certa dúvida quanto à validade do material genético colhido. A partir dessas considerações, uma vez definidos os conceitos de intervenções corporais, bem como suas subdivisões, e a natureza jurídica do princípio da não autoincriminação, delibera-se sobre a impossibilidade de restrição do *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias quando não há expressa autorização do acusado, revelando-se insanável contradição ao corolário do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana. Ao final, utiliza-se de julgados para comprovar que este ainda é o entendimento majoritário das Cortes brasileiras.

Palavras-chave: Provas. Consentimento. *Nemo tenetur se detegere*. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Limitação.

ABSTRACT

The limitation of fundamental rights is the subject of much discussion between the current doctrine, questioning whether to rights and interests of individuals may be limited when in confrontation with other principles. Although the majority understanding admit the possibility of limiting certain fundamental principles, on the grounds that none of them is absolute, *nemo tenetur* if *detegere* is still in a legal limbo in which revolve around the understanding that legitimize its restriction and those who reject this possibility. In the evidentiary body interventions, this restriction becomes even more problematic, given the fact that the defendant is not required to produce evidence against himself. In cases where there is consent of the passive agent, does not reveal any kind of discussion, since the self is fully waived without blemish to characterize a fundamental right. However, when this consent does not exist, hangs some doubt as to the validity of the genetic material collected. From these considerations, once defined the concepts of body interaction and its subdivisions, and the legal nature of the principle of self-incrimination, act up on the *nemo tenetur* restriction inability to *detegere* the evidential body interventions when there is no express authorization of the accused, revealing irreconcilable contradiction to the corollary of Brazilian law, the dignity of the human person. At the end, use is judged to prove that this is still the prevailing understanding of the Brazilian courts.

Keywords: Evidence. Consent. *Nemo tenetur* if *detegere*. Dignity of human person. Fundamental rights. Limitation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	13
2.1 Teoria Geral das provas: conceito, finalidade e natureza jurídica	13
2.2 O ônus da prova no processo penal	15
2.3 Princípios das provas	17
2.3.1 Princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade.....	17
2.3.2 Princípio da ampla defesa	19
2.3.3 Princípio da verdade real	20
2.3.4 Princípio da liberdade probatória	20
2.3.5 Princípio da proporcionalidade.....	21
2.3.6 Princípio da comunhão das provas	22
2.3.7 Princípio da oralidade.....	22
2.3.8 Princípio da identidade física do juiz	22
2.3.9 Princípio da não autoincriminação	23
2.4 Os Meios de provas com intervenção corporal do acusado	23
2.5 O Direito à intangibilidade do corpo	25
3 O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE	28
3.1 Conceito, Natureza Jurídica e Considerações Iniciais	28
3.2 O <i>nemo tenetur se detegere</i> no Direito Comparado	31
3.3 O Conceito de verdade e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	32
3.4 Teoria dos Direitos Fundamentais e relativização do <i>nemo tenetur se detegere</i>	35
4 DA IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NAS INTERVENÇÕES CORPORAIS PROBATÓRIAS	39
4.1 A problemática das intervenções corporais probatórias sem consentimento do acusado	39
4.2 Argumentos contrários à intervenção corporal sem consentimento do imputado	41
4.3 Argumentos a favor da intervenção corporal probatória sem o consentimento do acusado	45
4.4 Posicionamento do Brasil em relação à limitação do <i>nemo tenetur se detegere</i> nas ingerências corporais	49
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os procedimentos para obtenção de provas no processo penal, passaram por diversas mudanças, o que conseqüentemente, alterou o status do acusado perante a persecução criminal. Se na Idade Média, os suplícios, as torturas e os envenenamentos eram bem vistos para obtenção de confissões, atualmente, com a valorização da dignidade humana, compreendida não apenas como o bem-estar físico, mas também o mental, a obtenção de provas passou a respeitar inúmeros direitos fundamentais, sendo, portanto, vedados os tratamentos cruéis.

Este trabalho propõe-se, dessa forma, a analisar as intervenções corporais probatórias, consideradas aquelas em que há invasão do corpo do sujeito passivo, seja em cavidades naturais ou não, para a obtenção de materiais que possam servir como meio probatório. Porém, a problemática não se instala quando o próprio indiciado consente em submeter-se às estas ingerências corporais, tendo em vista que pode renunciar de sua autodefesa. A divergência aparece quando não há autorização do acusado para entregar seu corpo à exames periciais, uma vez que não é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

A discussão gira em torno de haver a relativização deste princípio, de modo que o Estado poderia realizar determinadas periciais de forma compulsória, afastando a vontade do agente em nome de um bem maior, a sociedade. Neste sentido, são apresentados os mais diversos posicionamentos a respeito do tema.

A escolha do tema pode ser justificada situação atual em que vive o ordenamento jurídico brasileiro, no qual a violência aflora, e em contrapartida, a necessidade de vingança a sociedade coloca em risco as garantias humanas já conquistadas ao longo de séculos. Percebendo-se que em um Estado Democrático de Direito, a retirada ou a relatividade de um direito fundamental é absoluto retrocesso.

Quanto ao método de abordagem, utilizou-se o dedutivo, partindo de premissas maiores, e princípios consagrados, para obtenção uma conclusão específica. Assim, partiu-se da indiscutível importância do *nemo tenetur se detegere*, como direito de não produzir provas contra si mesmo, para a possibilidade de haver sua limitação nas provas que pressupõem a intervenção corporal do acusado. As técnicas de pesquisa eleitas para este trabalho foi primordialmente a bibliográfica, utilizando-se também a jurisprudência para demonstração de dados reais a respeito do assunto abordado, levantando-se informações favoráveis dos diversos tribunais que coadunam com o exposto. A pesquisa foi realizada em obras literárias e

legislação, como também analisadas as jurisprudências, revistas jurídicas, artigos e publicações diversas acerca do tema.

Assim, no capítulo inaugural, aborda-se a respeito das provas no processo penal, com definição de aspectos gerais como conceito, natureza jurídica e faz-se a diferenciação entre elementos informativos e de prova. Logo após, explana-se sobre o ônus da prova e sua exclusividade para a acusação, relatando o posicionamento aceito pelo direito brasileiro.

Dá-se continuidade explorando os princípios norteadores do processo penal, tais como ampla defesa e contraditório, presunção de inocência, verdade real, dentre tantos outros, e seu papel na regulamentação dos procedimentos na persecução criminal. De que modo auxiliam nos conflitos gerados durante a instrução, e como asseguram ao indiciado sua proteção perante a máquina estatal, infinitamente mais forte que o indivíduo.

Por fim, faz-se a exibição do conceito de provas invasivas e não invasivas, distinção fundamental para o desenvolvimento do trabalho, já que são nessas provas que gravitam a discussão analisada no último capítulo.

No capítulo seguinte, tendo em vista este trabalho foca em um princípio especificamente, qual seja, *o nemo tenetur se detegere*, reserva-se a explorar de forma sucinta o direito do réu de não se incriminar. Enumerando suas principais características, bem como os debates que giram em torno deste direito. Uma vez considerado fundamental pelo ordenamento jurídico mundial, o *nemo tenetur se detegere* possui fundamental importância na busca pela dignificação do homem, uma vez que através dessa garantia, reserva-se ao acusado o direito de somente colaborar com aquilo que é de seu interesse.

Desta feita, neste capítulo, se esclarece pontos cruciais dos direitos fundamentais, bem como se existe a possibilidade de sua limitação. Demonstra-se também, a relação do *nemo tenetur se detegere* no direito comparado, trazendo o posicionamento de inúmeros diplomas internacionais que apesar de não trazerem tipificados expressamente em seu ordenamento jurídico tal direito, o aceitam através dos tratados e convenções internacionais já estabelecidos pelas nações, sendo este o também o posicionamento brasileiro.

O terceiro capítulo trata especificamente da possibilidade de limitação do direito de não auto incriminar-se nas intervenções corporais probatórias, trazendo os argumentos mais utilizados pela doutrina para a legitimação da restrição deste direito fundamental.

Primeiramente, aborda-se a inversão do ônus da prova, amplamente defendido por parte da doutrina, que acredita que caso o indiciado se recuse a submeter-se à ingerência corporal, deveria haver a inversão do ônus probatório, de modo que caberia ao acusado provar que as alegações feitas pela acusação, seriam infundadas. Porém, de pronto rejeita-se essa

tese, tendo em vista que o princípio da presunção de inocência não permite esse posicionamento.

Logo após, apresenta-se a ideia de que quando as intervenções corporais não apresentem qualquer tipo de risco a saúde ou integridade do indivíduo, poderá ser feita ainda que não haja seu consentimento, argumento também rechaçado por não ser razoável que o acusado seja submetido forçosamente a contribuir para sua acusação.

Posteriormente, abrangem-se os argumentos da intangibilidade do réu, da proporcionalidade e da supremacia do interesse público diante do privado. Posições doutrinárias que também padecem de lacunas insanáveis, que ainda não conseguiram ser preenchidas.

Por fim, ressalta-se o principal argumento que afasta qualquer possibilidade de limitação ou restrição do *nemo tenetur se detegere*: a falta de uma norma constitucional que garanta essa possibilidade, e a falta de qualquer tipo de legislação ordinária que regule a norma superior.

Portanto, ao final do último capítulo, aborda-se porque não é possível a restrição do direito de não auto incriminar-se e porque as intervenções corporais probatórias não devem ser feitas sem que haja o consentimento do acusado, haja vista que resultaria em um tipo de tortura autorizada pelo Estado, retrocedendo aos mais remotos tempos medievais, em que o sujeito passivo era considerado meramente um instrumento probatório, e não um sujeito de direitos e digno de tratamento adequado.

Adiante, são apresentados alguns julgados que confirmam o posicionamento adotado pelo trabalho, nos quais entende-se que o *nemo tenetur se detegere* deve ter aplicação ampla e irrestrita, principalmente porque não existe qualquer norma constitucional que estabeleça limites a ele. Ademais, também se reconhece que as ingerências corporais não devem ser feitas de forma compulsória, sendo obrigatória a autorização do acusado, que caso não queira, deve ser respeitado, buscando o Estado outras formas de comprovar a autoria e materialidade do delito.

Ao final, foram expostas as conclusões a respeito do que foi pesquisando, ressaltando-se a impossibilidade da limitação do direito fundamental de não se incriminar nas ingerências corporais quando não há a autorização do acusado em realizá-las.

Pretende-se, neste trabalho, expor de maneira sintética, a problemática a respeito das intervenções corporais probatórias, e a pluralidade de posicionamentos acerca da aplicação do *nemo tenetur se detegere* nesta modalidade de prova. Trazendo argumentos utilizados pela doutrina que admitem a restrição do princípio nas ingerências corporais, porém, ao final,

filiando-se ao entendimento da impossibilidade da limitação do direito de não auto incriminar-se, vez que se trata de um direito fundamental, sustentado pela dignidade da pessoa humana, corolário do ordenamento jurídico brasileiro.

2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Teoria Geral das provas: conceito, finalidade e natureza jurídica

O processo penal possui a finalidade de reconstruir fatos ocorridos no passado, de modo que seja possível a imputação de sanções em face daquilo que ficar demonstrado ao final da persecução criminal. Assim, na medida do possível, e de forma aproximada, o julgador traça, através do acervo probatório colhido, a história do delito cometido, buscando sempre reconstrução da verdade dos fatos.

Nesta concepção, Nucci (2007), apresenta ainda três sentidos para o conceito de provas: o primeiro a ser considerado é o ato de provar, o processo que culminará com a verdade dos fatos; o segundo sentido, é considerado o conceito em sentido estrito, no qual as provas são os instrumentos capazes de demonstrar a história dos fatos; e por fim, pode ser também considerada como o resultado da análise dos instrumentos probatórios.

Para Lima (2015, p. 549), em sentido amplo, provar demonstra a veracidade de um enunciado sobre um fato ocorrido no mundo real. Todavia, o seu sentido estrito comporta uma série de significados, como a atividade probatória, a prova tida como resultado e aquela tida como meio.

O nobre autor conceitua prova da seguinte forma:

A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro (LIMA, 2015, p.549).

A prova, como atividade probatória, é um conjunto de verificação e demonstração por meio do qual se pretende chegar no convencimento do juiz a respeito de determinado fato. Nesse sentido, a prova passa ser a produção de meios e atos para atestar a veracidade de uma alegação. Conquanto o direito processual penal e valha dos meios de prova para verificação da alegação dos fatos, há que perceber que alguns direitos são constitucionalmente assegurados, de modo que o processo penal é regido por princípios fundamentais e éticos que não admitem a produção de provas mediante violação das regras de proteção.

A segunda concepção de prova, é denominada de resultado, e nada mais é do a convicção propriamente dita do que foi alegado em juízo, portanto, é o convencimento do juiz, já estruturado. Assim, ainda que a verdade real seja inalcançável, é plenamente possível que se obtenha um grau de certeza suficiente para uma decisão. O terceiro conceito de prova é

relacionado como o meio probatório, definindo-se como o instrumento de convencimento do julgador a respeito de tudo que foi alegado.

Dessa forma, conceitua-se prova, em seu sentido estrito como o instrumento pelo qual se demonstra a verdade dos fatos, utilizada com o intuito de convencer o juiz da existência de um direito. Para Távora e Alencar (2014, p. 496), “a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido em litígio”.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2014, p. 327) preleciona:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Ao analisar-se o conceito de prova, necessário que haja a distinção entre estas e os chamados elementos informativos, uma vez que cada um possui especificidades que influenciam de forma decisiva a sentença penal. O termo prova está associado aos elementos produzidos ao longo do processo, no qual existe a dialética entre as partes que exercem seu direito ao contraditório, podendo opor-se contra cada prova apresentada. Assim, caso não sejam produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, não poderão ser caracterizadas como provas.

Em contrapartida, os elementos informativos são aqueles produzidos ao longo da investigação policial, que servem tão somente como informações basilares para a propositura da ação, não possuindo, de forma alguma, o condão de influenciar na convicção do julgador, uma vez que não há imposição de observância do contraditório e da ampla defesa. Estes são, portanto, importantes para a formação da *opinio delicti*, e subsidiam, por exemplo, pedidos de medidas cautelares.

Percebe-se, portanto, que o conceito das provas se encontra, de modo geral, intimamente ligado ao seu conceito, à medida em que dão ensejo a atividade cognoscitiva do juiz, que não possui qualquer informação a respeito do fato apurado, vindo a conhecê-lo por meio dos elementos probatórios trazidos a seu conhecimento pelas partes. Aduzindo-se que:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa

verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão (LIMA, 2015, p. 576).

No que tange à sua natureza jurídica, as provas possuem singular peculiaridade, uma vez que transitam entre o direito processual penal e o direito subjetivo. Isto porque, quanto ao elemento prova utilizado para demonstração da verdade, atribui-se o status de direito subjetivo que possui viés constitucional.

2.2 O ônus da prova no processo penal

Entende-se como ônus da prova, a incumbência que as partes possuem de comprovar pelos meios legais, a verossimilhança dos fatos alegados ao longo da persecução penal. A doutrina divide, portanto, o ônus da prova em duas classificações, o ônus da prova objetivo e o subjetivo (LIMA, 2015).

Considera-se objetivo o ônus da prova quando esta funciona como regra de julgamento quando ainda existirem algumas dúvidas a respeito de qual decisão tomar ao final do processo. Dessa forma, uma vez que o juiz não pode simplesmente eximir-se de proferir uma decisão, se ao final da instrução, o seu convencimento não estiver formado, devem existir normas que indiquem qual decisão deverá ser proferida. Isto posto, o ônus objetivo é uma regra destinada ao juiz acerca do conteúdo de sua decisão quando não forem produzidas provas suficientes para comprovação de algum fato (LIMA, 2015).

Por outro lado, no que tange ao seu viés subjetivo, entende-se que é compreendido como a busca de provas aptas a confirmar as alegações feitas pelas partes do processo, de modo a introduzi-las de forma legalmente aceitável para o convencimento do juiz. Portanto, o ônus da prova subjetivo possui como destinatários as partes, que são responsáveis pelos fracassos obtidos quando não comprovam o fato aludido. Assim, em suma, o aspecto subjetivo do ônus da prova tem função de regra de conduta ou de estímulo, direcionando às partes para a produção probatória.

Todavia, o ônus da prova subjetivo encontra limitação em duas regras processuais, quais seja, a regra da comunhão ou aquisição da prova e dos poderes instrutórios do juiz. Que trazem certa relativização do aspecto objetivo pois, ainda que uma das partes deixe de produzir provas, não haverá necessariamente consequência desfavorável, posto que o juiz poderá convencer-se de determinada alegação mediante todas as provas apresentadas, bem como daquelas que ele próprio produziu (LIMA, 2015).

Na primeira regra, da aquisição de provas, tem-se que, após sua produção, a prova não mais pertence à parte que a produziu, passando a ser do processo, e, portanto, podendo ser utilizada por ambas as partes caso seja de valia para confirmar suas alegações. Assim, torna-se indiferente quem trouxe a conhecimento do juiz o elemento probatório, na medida em que o juiz as valorará como um todo para sua decisão final (LIMA, 2015).

Já na segunda, a iniciativa probatória do juiz, ainda que ambas as partes deixem de produzir qualquer tipo de prova, o juiz poderá decidir em favor de uma das partes, tendo em vista que a prova poderá ser produzida de ofício pelo magistrado (LIMA, 2015).

O artigo 156 do Código de Processo Penal aduz que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, assim, apesar de ampla discussão doutrinárias a respeito de quem deverá provar o alegado, seja somente acusação, ou tanto acusação quanto defesa, filia-se a ideia de que o ônus probatório deve pertencer à acusação (BRASIL, 1941).

Para o ramo que atribui o ônus da prova tanto para acusação quanto para defesa, caberia ao órgão acusatório provar somente a existência do acontecimento, sem levar em consideração a ilicitude ou culpabilidade, isto porque, uma vez comprovada a existência do fato típico, naturalmente seriam dedutíveis a ilicitude e a culpabilidade do ato, cabendo à defesa somente a prova da existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da vítima. Dessa forma, caberia ao acusado demonstrar unicamente se estava acobertado por algum tipo de excludente da culpabilidade, ilicitude ou causa extintiva de punibilidade. Segundo Lima (2014, p.572):

De acordo com essa primeira corrente, incumbe à acusação tão somente a prova da existência do fato típico, não sendo objeto de prova acusatória a ilicitude e a culpabilidade. O fato típico constitui expressão provisória da ilicitude e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva. Comprovada a existência do fato típico, portanto, haveria uma presunção de que o fato também seria ilícito e culpável, cabendo ao acusado infirmar tal presunção. Em relação ao elemento subjetivo, vale ressaltar que há doutrinadores que sustentam que o dolo é presumido, razão pela qual à acusação incumbiria tão somente o ônus probatório quanto à culpa. Com relação ao dolo, sendo ele presumido a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal, incumbiria ao acusado provar que não agira dolosamente.

Todavia, não pode ser levada a efeito como válida a concepção de dolo como presumido, isto porque, há clara violação ao princípio do *in dubio pro reo*, necessitando que seja sempre comprovado, se não mediante confissão do acusado, por meio de outros elementos externos e internos ao crime que sustentem a real intenção do autor.

A outra corrente, que dispõe sobre o ônus da prova durante o processo penal, e baseia-se no princípio constitucional da presunção de inocência, atribui o ônus da prova

exclusivamente ao autor da ação penal, cabendo à acusação demonstrar que a conduta agente era típica, ilícita e culpável. Devendo, inclusive, comprovar a inocorrência das excludentes de ilicitude ou culpabilidade, caso sejam suscitadas. Quanto ao ônus probatório nos casos específicos em que o acusado possui um alibi, ou seja, possui provas de que não se encontrava no local do crime no momento em que este aconteceu, também há aplicação do *in dubio pro reo*, na medida em que caberá a acusação demonstrar que o agente encontrava-se de fato no local do delito, infamando a dúvida produzida pelo acusado a respeito da autoria do delito, inserindo-o no contexto do crime (LIMA, 2014).

Apesar de minoritária, esta é a concepção utilizada para a análise do tema do presente trabalho, de modo que se adota o posicionamento de supremacia do princípio *in dubio pro reo*, no qual caberá a produção de dúvida razoável no magistrado acerca dos fatos corridos, restando para a acusação a comprovação cabal do cometimento do delito, demonstrando assim, a autoria e materialidade.

2.3 Princípios das provas

As normas processuais penais brasileiras, assim como todas as demais regras do ordenamento jurídico pátrio, espelham-se na supremacia da Constituição Federal, que garante o máximo da dignificação do acusado. Utilizando-a como filtro para a força impositiva do Estado, sem, todavia, olvidar-se da devida prestação jurisdicional. Sob essa égide, a Constituição Federal de 1988 enumerou diversos princípios processuais penais que garantem ao acusado uma justa imputação dos delitos praticados, subsidiando a paridade entre o indivíduo, infinitamente mais fraco, e o Estado responsável pela penalização dos delitos.

2.3.1 Princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade somente foi regulamentado de forma explícita na Carta Magna de 1988, em artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que dispunha: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Existindo, até então, implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro como decorrência do princípio do devido processo legal.

Consiste assim, no direito que o réu possui de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal, no final do devido processo legal, e desde que tenham

sido utilizados todos os meios probatórios possíveis para sua defesa, com a oportunidade de infirmar o acervo de provas trazidos pela acusação.

Do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, derivam duas regras fundamentais, a regra probatória, também conhecida como regra de juízo, e a regra de tratamento. O primeiro diz respeito ao ônus da prova ser inteiramente da acusação, não cabendo ao acusado provar sua inocência, assim, incumbirá ao acusador de demonstrar não só a existência dos fatos apurados, como também, a culpabilidade do agente. Depreende-se também, que esta imputação deve ser feita conforme o devido processo legal e sem a necessária colaboração do acusado, uma vez que não é obrigado a produzir provas contra si mesmo (LIMA, 2014).

Nesse sentido, para Lima (2014, p. 51):

Presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois o imputado não tem a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Por outro lado, a regra de tratamento pressupõe que ninguém deverá ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, impedindo qualquer antecipação de culpabilidade. Portanto, o indiciado não pode ser tratado como se já houvesse sido condenado definitivamente. Em decorrência desta regra de tratamento, justifica-se a excepcionalidade das prisões processuais, sendo regra que o acusado responda em liberdade os delitos possivelmente praticados, sendo de extremo perigo a decretação das prisões processuais de forma automática, bem como a possibilidade de execução antecipada de uma possível sanção.

Ressalta-se que o princípio não possui o condão de inviabilizar de forma absoluta a aplicação de medidas processuais cautelares, como a prisão processual, somente visa estabelecer o seu critério excepcional nos casos em que há efetivo prejuízo às investigações ou naqueles em que o processo penal acabará comprometido.

2.3.2 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa, apesar de diretamente ligado ao contraditório, com ele não se confunde, isto porque, enquanto este relaciona-se à proteção de ambas as partes, aquele diz respeito tão somente ao acusado. A ampla defesa pode ser dividida em defesa técnica, processual e indispensável, e a autodefesa (genérica ou material); a primeira consiste na defesa efetuada por um profissional habilitado, que possui capacidade postulatória, devendo ser indeclinável, plena e efetiva. Assim, assevera Lima (2014, p. 58):

A defesa técnica é indisponível e irrenunciável. Logo, mesmo que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de defensor. Exatamente em virtude disso, dispõe o art. 261 do CPP que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Não se admite, assim, processo penal sem que a defesa técnica seja exercida por profissional da advocacia. Caso o processo tenha curso sem a nomeação de defensor, seja porque o acusado não constituiu advogado, seja porque o juiz não lhe nomeou advogado dativo ou defensor público, o processo estará eivado de nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa (CPP, art. 564, III, “c”) (BRASIL, 1992).

Já a segunda é realizada pelo próprio acusado, e apesar de importantíssima, é considerada disponível, uma vez que o acusado pode, inclusive, manifestar seu desejo de manter-se em silêncio, sem que haja qualquer tipo de prejuízo. A autodefesa compreende também o direito de audiência e o direito à presença.

O direito de audiência consiste na prerrogativa que o indiciado possui de apresentar, pessoalmente ao juiz natural, sua versão dos fatos que lhe são imputados, o que ocorre através do interrogatório, considerado pela jurisprudência pátria, como ato de defesa, e não mais como meio de prova. Todavia, mister ressaltar que o acusado não está obrigado a responder qualquer investida do juiz ou da acusação, podendo, caso seja seu desejo, quedar-se em silêncio sem que haja prejuízos (LIMA, 2014).

O direito de presença perfaz-se na medida em que ao acusado é assegurado o acompanhamento de todos os atos processuais, acompanhado de sua defesa técnica. Todavia, uma vez que é considerado ato de defesa e desdobramento do princípio da ampla defesa, reputa-se que não é obrigatório seu comparecimento durante a instrução processual, salvo nos casos em que haja exceção, como nos procedimentos de reconhecimento, os quais o acusado não está acobertado pelo princípio da não autoincriminação (OLIVEIRA, 2014).

Este direito, entretanto, não é absoluto, uma vez que quando de encontro com outros direitos fundamentais, pode ser relativizado desde que sejam seguidos todos os corolários da ampla defesa. Dessa forma, relaciona-se sua relativização nos casos em que há conflito entre

os direitos do indiciado e os das vítimas e testemunhas, o que justifica a restrição da presença do acusado quando estiverem ameaçados seus direitos à vida, segurança, liberdade de declaração e intimidade. Assim, comprovados quaisquer atos de intimidação, poderá o juiz determinar a inquirição por meio de vídeo conferência, ou na impossibilidade desta, pedirá que o réu se retire, mantendo somente seu defensor técnico, nos termos do artigo 217 do CPP (BRASIL, 1941).

2.3.3 Princípio da verdade real

Entende-se como princípio da verdade real no processo penal, a busca pela verdade absoluta dos fatos ocorridos que deram ensejo à persecução criminal, todavia, ao longo do tempo, esse princípio vem sofrendo mutações de ordem conceitual, uma vez que restou comprovada a impossibilidade de o magistrado possuir a certeza, de forma absoluta, sobre a ocorrência do delito (OLIVEIRA, 2014).

Neste sentido, trabalhando o magistrado para a reconstrução do passado, é inviável que haja nível máximo de certeza sobre o cometimento do injusto penal, de modo que somente pode valorar-se até determinado grau de probabilidade da ocorrência dos fatos. Mesmo porque compara-se um fato histórico, ocorrido no passado com a “materialização formal do que se imagina ter acontecido” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 67).

A busca da verdade real é, então, um mito, fundado na crença de que o Estado seria capaz de chegar a certeza absoluta sobre o crime, o que deu ensejo aos mais diversos tipos de abuso, legitimando as arbitrariedades em relação à produção de provas. Por conta disso,

Por esta razão, admite-se que a única verdade possível de ser atingida é a processual, identificada como verossimilhança retirada de um processo que esteve de acordo com todos os princípios penais constitucionais, sendo garantidos o contraditório e a ampla defesa. Possuindo a decisão o conteúdo do convencimento do juiz, havendo razoabilidade entre o injusto cometido e as provas apresentadas.

2.3.4 Princípio da liberdade probatória

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas que forem obtidas por meios ilícitos, limitando, dessa forma, o direito à prova que se revela não absoluto.

A prova ilícita é espécie do gênero prova ilegal, juntamente com as provas ilegítimas, que para o direito processual penal, não se confundem. Serão consideradas ilegais as provas que maculem regras e princípios de natureza material ou processual, de modo que as ilícitas as pressupõe desacordo com regras de direito material, e as ilegítimas, vício nos procedimentos, violando regras processuais.

Ao vedar-se a utilização das provas ilícitas, a Constituição Federal limitou o princípio da liberdade probatória, de forma que a persecução criminal não pode ser realizada a qualquer custo, sendo respeitadas todas as garantias constitucionais impostas pelo legislador constituinte originário.

Para Rangel (2003, p.214), “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer custo”.

O artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, de modo expresso, determina que devem ser desentranhadas do processo as provas ilícitas. Assim, a sanção para a produção das provas ilícitas, será a sua retirada do processo, não podendo ser utilizada pelo julgador para formação de seu convencimento (BRASIL, 1941). Todavia, não se pode ignorar que o magistrado que possui contato com a prova perde sua imparcialidade, ainda que de forma não dolosa, uma vez que a subjetividade do magistrado como homem médio não pode ser excluída, devendo, portanto, se declarar suspeito, afastando-se do caso, para que haja real imparcialidade jurisdicional.

2.3.5 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade possui estrita relação com o princípio da liberdade probatória, uma vez que exclui a inadmissibilidade das provas ilícitas quando se verificar que desta exclusão ocorrerá manifesta injustiça no caso concreto.

Assim, uma vez que a liberdade do indivíduo se veja atrelada necessariamente ao uso de uma prova considerada ilegal, faz-se um juízo de proporcionalidade, sopesando o bem jurídico que deve prevalecer, o qual em sua grande maioria é o *status libertatis* do réu.

Como consequência, temos que são admitidas as provas ilícitas quando estas forem capazes de provar a inocência do indiciado. Mister ressaltar, todavia, que em hipótese alguma, a prova adquirida ao arrepio da lei não pode ser usada para incriminação de terceiros, limitando-se tão somente à demonstração do status de inocência do acusado.

2.3.6 Princípio da comunhão das provas

Pela comunhão de provas entende-se que o acervo probatório produzido durante a instrução não pertence a qualquer das partes, sendo considerado inerente ao processo. Assim, independente de quem tenha introduzido determinada prova no processo, esta poderá ser utilizada tanto para a acusação, quanto para a defesa, sendo de fundamental importância apontar que nem mesmo ao juiz ela pertence.

Desta forma, somente pode haver a comunhão de provas a partir do momento em que esta foi produzida, de modo que aquelas ainda não introduzidas no processo pertencem a determinada parte que pode, inclusive, dispor delas se achar conveniente.

2.3.7 Princípio da oralidade

Após a reforma processual de 2008, adotou-se o princípio da oralidade como preponderante não somente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e Plenário do Júri, como também no procedimento comum. Assim, deve haver predomínio da palavra falada, e não escrita, todavia, esta não se exclui completamente.

Em decorrência da oralidade, busca-se centralizar a produção de provas, de forma que os atos da instrução sejam finalizados em audiência única, ou no menor número possível delas, sendo este o chamado princípio da concentração.

2.3.8 Princípio da identidade física do juiz

O artigo 399, § 2º do Código de Processo Penal dispõe sobre a identidade física do juiz, aduzindo que o magistrado que participa dos atos de instrução do processo, mantendo contato com as provas produzidas, deverá ser o mesmo que proferirá a sentença. Obviamente que de forma subsidiária e aplicando-se o Código de Processo Civil, o princípio poderá ser mitigado em casos excepcionais, como afastamentos, licenciamentos ou aposentadorias (BRASIL, 1941).

Quando da disposição expressa do princípio da identidade física do juiz no Código de Processo penal, surgiu o questionamento por parte da doutrina a respeito da realização do interrogatório por meio de carta precatória. Em suma, discutia-se se o princípio não estaria sendo relativizado, uma vez que o magistrado sentenciante não teria contato com o acusado, de modo que restaria comprometido a formação de sua convicção.

Para Lima (2014, p. 611), o princípio da identidade física do juiz não impede a realização do interrogatório por meio de carta precatória ou por videoconferência. Sendo irrazoável impor ao acusado solto seu deslocamento ao foro de juízo processante caso queira ser interrogado. Assim, o procedimento a ser adotado é o previsto no artigo 400, caput do Código de Processo Penal, com a realização da carta precatória ao final da instrução processual.

2.3.9 Princípio da não autoincriminação

A inexigibilidade de autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere* assegura ao indiciado o direito de não contribuir de qualquer maneira para a formalização de sua culpa. Dessa forma, garante equilíbrio na relação processual, que possui certa desigualdade entre o agente que comete o delito e o Estado.

Neste diapasão, o direito de não produzir provas contra si mesmo se desdobra em diversas prerrogativas que protegem o acusado da persecução penal desmedida do Estado. Portanto, possui o direito de quedar-se calado ou permanecer em silêncio; não deve ser compelido a confessar o cometimento da infração penal; não é obrigado a contar a veracidade dos fatos; não precisa adotar postura ativa que possa imputar-lhe qualquer crime e, por fim, não é obrigado a produzir prova incriminadora que signifique a penetração em seu organismo.

Assim, percebe-se que a não autoincriminação trata-se de uma autodefesa passiva, na qual o acusado somente mantém-se inativo, de forma que não colabora com qualquer etapa da *persecutio criminis*. O princípio vem disciplinado no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal, como desdobramento do direito ao silêncio, sendo introduzido de forma expressa, por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, § 2º, “g” (BRASIL, 1992).

2.4 Os Meios de provas com intervenção corporal do acusado

O processo penal brasileiro admite as mais variadas formas de comprovação do ato delituoso, de forma que o acervo probatório é vasto e diversificado. Como consequência do princípio da não autoincriminação, tem-se o direito de o acusado não participar da produção de provas incriminadoras invasivas, uma vez que não é de seu interesse fornecer qualquer tipo de material corporal para a comprovação de sua culpabilidade.

As intervenções corporais probatórias, também chamadas de investigação corporal ou ingerência humana “são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem a necessidade do consentimento destas, e por meio da coação direta se for preciso, com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas que sejam importantes para o processo” (LIMA, 2015, p. 83).

Para Mellado (1989, p. 137), as intervenções corporais podem ser definidas como a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para efeitos de investigação e comprovação dos delitos. Portanto, são exemplos de intervenções corporais o exame de sangue, o de urina, a identificação dentária, os exames de DNA e tanto outros que pressupõe a invasão ao corpo do acusado para a retirada de material que seja útil para a formalização de sua culpa.

De modo geral, podem ainda ser classificadas em dois grandes grupos: as intervenções corporais invasivas e as não invasivas. O conceito de ambas as espécies desta classificação está ligado diretamente a penetração no organismo do indiciado, pressupondo-se que aquelas em que há a penetração no organismo humano, em cavidades naturais ou não, implicando a utilização de algum material do acusado como elemento probatório, são considerados invasivos (QUEIJO, 2003).

Por outro lado, as provas não invasivas podem ser consideradas aquelas em que ocorre somente uma verificação corporal, sem que exista qualquer tipo de extração de material do corpo do acusado.

Neste sentido, o que determinará se a prova produzida é ou não invasiva, será sua forma de coleta. Assim, um exame de DNA feito por meio de amostra de sangue retirada do corpo do acusado é considerada uma prova invasiva, pois houve a penetração em seu organismo. Todavia, se utilizado um chiclete ou pedaço de cigarro descartados no lixo como meio para obtenção de células bucais para exame material genético, não haverá de ser invasivo, tendo em vista que não houve qualquer ingerência corporal.

O questionamento recai sobre a necessidade de consentimento do acusado em fornecer tais materiais, tendo em vista o princípio *nemo tenetur se detegere*, que protege o acusado do desequilíbrio processual em que se encontra frente ao Estado. Em se tratando do acervo probatório que pressuponha a intervenção no corpo do indiciado, o Direito Processual Penal Brasileiro reconhece que é imprescindível seu assentimento em colaborar com o procedimento a ser feito, de forma que, em hipótese alguma deve ser submetido qualquer tipo de invasão corporal sem que concorde.

Porém, tratando-se de provas não invasivas, ainda que não haja concordância do réu em produzi-la, majoritariamente é aceitável sua produção, contanto que não esteja condicionada a qualquer forma ativa de cooperação.

Neste diapasão, nas lições de Oliveira (2014, p. 390):

No Brasil, as intervenções corporais previstas em lei são pouquíssimas e, não bastasse, nem sempre vêm sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, geralmente sob a fundamentação - equivocada, segundo nos parece -de desrespeito a um suposto princípio constitucional da não autoincriminação.

Assim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu que o indiciado não era obrigado a fornecer padrões gráficos para comparação, sob pena de violação do princípio da não autoincriminação (STF - HC n11 77135/ SP, Rei. Ilmar Galvão, em DJ 6.11.1998). Este mesmo entendimento é aplicado atualmente para os casos de exame de alcoolemia, nos quais o agente não precisa fazer o teste de bafômetro, que mede a quantidade de álcool no sangue, em decorrência não inexigibilidade de corroboração para sua culpa.

Desta feita, o mero exercício do direito de não autoincriminação não pode ser utilizado de forma alguma de forma prejudicial ao réu, uma vez que dessa forma negar-se-ia o próprio direito de autodefesa. Mesmo porque, toda a persecução penal deve ser orientada pelo princípio da presunção de inocência, de modo que a não participação do acusado na formação de sua culpa é plenamente justificável, na medida em que busca assegurar um direito seu. Portanto, não deve ser usado para valoração das circunstâncias judiciais, bem como majorantes, não influenciando em qualquer nível o convencimento do julgador.

2.5 O Direito à intangibilidade do corpo

A Constituição Brasileira traz em diversos dispositivos, seja de forma implícita ou explícita, a proteção ao acusado em ampla escala, de modo a tutelar não somente sua integridade física, como também, a moral e psíquica. Tais previsões foram herança do passado ditatorial do Brasil, no qual as violações corporais e mentais para a obtenção de provas no processo penal, eram comuns e extremamente cruéis.

Neste sentido, diversos são os artigos que instituem a proteção constitucional ao corpo, garantindo sua inviolabilidade quando não houver a anuência do indivíduo, sob pena de incorrer em sérias violações aos direitos individuais dispostos no artigo 5º, os quais garantem que o cidadão possa “desenvolver suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular” (CUNHA JR., 2012).

A Constituição Cidadã, em seu artigo 1º, inciso III estabeleceu a dignidade da pessoa humana como cláusula geral e basilar do ordenamento jurídico nacional, colocando o indivíduo como centro do Estado Democrático de Direito, e invocando o respeito a todos os princípios que garantissem essa condição. Assim, como cláusula geral de interpretação das normas, a dignidade da pessoa humana garante ao acusado o tratamento adequado e humanizado, respeitando-lhe todos os direitos individuais e fundamentais existentes.

Corroborando com este entendimento, o referido artigo 5º, em seu inciso II da Carta Magna dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, estabelecendo assim o direito fundamental à liberdade de ação, que protege os indivíduos da prática de qualquer ato que não seja objeto de regular processo legislativo.

Dessa forma, somente o princípio da legalidade possui o condão de restringir tal direito, de modo que a lei, proveniente de um processo legislativo, formado pelo consenso popular e formalmente válido nos termos da Constituição seria apta a limitação do direito à liberdade, tendo em vista sua soberania e legitimidade. Garantindo, portanto, também ao acusado, não se submeter a qualquer ato que não esteja disposto em lei.

Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica, elevado ao *status* de norma constitucional, trouxe em seu artigo 5º, 1 e 2, a proteção à integridade física, moral e psíquica, além da proibição de torturas, penas cruéis ou degradantes, estabelecendo, mais uma vez, a dignidade da pessoa humana como direito inerente ao homem. *In litteris*:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Assim, verifica-se que os dispositivos não possuem a intenção de proteger exclusivamente o corpo do indivíduo como matéria, preservando-lhe o direito de não se submeter a qualquer tipo de ação considerada degradante ou desconfortável, como também, o aparato psicológico, extremamente prejudicado quando há qualquer tipo de coação.

Não suficiente, os princípios até então delineados são igualmente interpretados à luz *do nemo tenetur se detegere*, que garante ao indiciado o domínio do próprio corpo, assegurando a ele a não obrigação de participar de qualquer ato que possa contribuir ativamente para a produção de provas contra ele. Eximindo-se da participação de reconstituição de crimes ou do fornecimento de materiais corporais por exemplo.

Nos casos específicos de coleta compulsória de materiais do corpo do indiciado para a formação do acervo probatório direcionado contra ele, seja nos casos invasivos ou não,

verifica-se que caso não haja sua anuência, há grave violação de diversos direitos fundamentais estipulados pela Constituição.

Mesmo porque, em primeiro lugar o acusado não pode ser obrigado a fazer o que não está expressamente disposto na lei, em verdade, não apenas a lei é omissa, como existem princípios internacionalmente aceitos que asseguram ao indiciado a manutenção de sua integridade física e mental, de modo que intervir em seu corpo, seja de forma invasiva ou não é ir de encontro com estes conceitos.

Ademais, o ordenamento também não admite o tratamento degradante ou cruel, sendo vedada a prática da tortura. Em analogia, ainda que as ingerências corporais, mesmo que invasivas, não representem um tipo de tortura ou tratamento cruel, ressalvadas as devidas proporções, quando não há o consentimento do acusado em submeter-se a exames ou outros meios probatórios, há, sem qualquer dúvida grande constrangimento, revelando uma linha extremamente tênue entre o desrespeito ou não da dignidade da pessoa humana.

3 O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

3.1 Conceito, Natureza Jurídica e Considerações Iniciais

De acordo com Ávila (2005, p. 70), os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Partindo desse conceito, o estudioso também afirma que os princípios estabelecem um fim a ser seguido, de modo que determinam uma conduta a ser praticada.

No processo penal, um dos princípios constitucionais de maior destaque é, sem sombra de dúvidas, a ampla defesa, que gravita em torno de todos os procedimentos que compõem a persecução penal. Assim, conceitua-se como a garantia de o réu opor-se à acusação no que tange aos atos processuais, efetuando a mais completa defesa quanto às imputações que lhe foram feitas.

O exercício da ampla defesa por sua vez divide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica é essencial e perfaz-se por meio de advogado, assim, ainda que o indiciado não constitua um, deve ser nomeado profissional do direito para acompanhamento de sua defesa, devendo este ser intimado de qualquer ato, sob pena de nulidade. Desta feita, entende-se que a defesa técnica é indisponível, possuindo caráter obrigatório na legislação penal brasileira, garantindo dessa forma a ampla defesa.

Por outro lado, juntamente à defesa técnica, existem também as atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Por meio destas atuações, o sujeito defende-se de maneira individual, fazendo valer seu interesse privado. Lopes Júnior (2014, p. 337) classifica a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. Assim, o interrogatório, principal demonstração da autodefesa, é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar efetivamente, expressando os motivos e as justificativas, ou as negativas de autoria ou de materialidade do fato que lhe é imputado. A autodefesa positiva consiste na prática dos atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareamentos e reconhecimentos. Ou seja, praticar atos que possam ajudá-lo a resistir ao poder de investigar do Estado.

Porém, também é possível que, ao contrário do atuar positivamente, o sujeito passivo escolha a completa omissão, atuando de forma negativa. Negando-se a declarar, bem como a dar qualquer tipo de contribuição probatória, mínima que seja. Percebe-se assim que ao passo

que a defesa técnica é indisponível, a autodefesa é completamente renunciável, podendo ser rejeitada pelo sujeito passivo, o que não desobriga os agentes dos órgãos estatais, tanto em sede de investigação, quanto em juízo, a oferecer a oportunidade de esclarecimento dos fatos, cabendo tão somente ao acusado, sua rejeição ou não.

Inserido na autodefesa negativa, encontra-se o direito ao silêncio, disciplinado pelo artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, que garante ao acusado quedar-se em silêncio diante das investidas do Estado quando de seu interrogatório, sem que isto seja levado em consideração em seu desfavor. Porém, o direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o acusado não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação.

Também conhecido como da não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo, o princípio supramencionado possui diversas nomenclaturas latinas, a saber: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra ipsum* (QUEIJO, 2003, p. 4). Todavia, a doutrina brasileira considera a expressão *nemo tenetur se detegere*, como a de fato consagrada pelo direito nacional, significando que “ninguém é obrigado a se descobrir”.

Para Greco (2012, p. 100), o princípio da não autoincriminação é um dos elementos formadores da garantia a ampla defesa, que deve ser assegurado ao réu para concretização de um processo justo.

A origem do princípio não é precisa, de modo que não é possível identificar em que momento deu-se sua origem. Todavia, de acordo com a doutrina majoritária, encontra suas raízes no movimento iluminista, momento em que o homem passou a ser extremamente valorizado, deixando de ser considerado como mero meio probatório.

Dessa forma, o princípio surgiu como meio de acabar com as recorrentes violações às integridades físicas, morais e psíquicas dos investigados, que eram submetidos às mais cruéis formas de sofrimento em nome da busca da verdade no processo penal. Assim, segundo Albuquerque (2008, p. 48), conclui-se que a concretização do *nemo tenetur se detegere* decorreu da necessidade política de se verem superados os abusos perpetrados pelo regime absolutista no campo do Processo Penal.

Além de sua disposição constitucional, também encontra guarida no Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificado pelo Estado Brasileiro em setembro de 1992. O direito de não auto incriminar-se encontra-se disposto expressamente no artigo 8º, “g” do referido

diploma, aduzindo que o acusado não é obrigado a depor contra si mesmo, bem como a declarar-se culpado.

Importante ressaltar que o pressuposto ganha importância a medida de viabiliza ao acusado o direito de não colaborar com a formalização de sua culpa, tendo em vista que pode não ser de seu interesse a finalização do processo com a descoberta da verdade real, uma vez que importará no cerceamento de sua liberdade. Assim, uma vez ilógica a sua participação atividade probatória, também não se pode considerar a omissão durante a persecução penal como uma confissão de culpa ou crime de desobediência, não configurando qualquer malefício o comportamento negativo do indiciado, mesmo porque a presunção será sempre de inocência.

Lopes Júnior (2001, p. 343 e 344), aduz que o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar com uma atividade probatória da acusação. O nobre doutrinador entende ainda, que o sujeito não deve ser compelido a declarar ou mesmo a participar de qualquer atividade que possa o incriminar ou prejudicar em sua defesa. Dessa forma, não pode ser obrigado a participar de acareações, reconstituições, fornecimento de materiais para realização de exames periciais, sendo que esta recusa não pode ser encarada como crime de desobediência ou causar qualquer tipo de prejuízo.

Neste mesmo diapasão, o artigo 186 do Código de Processo Penal, após alteração, passou a dispor que “depois de devidamente qualificado e cientificado do interior teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas”. Trazendo ainda em seu parágrafo único que este silêncio não importará em confissão e nem poderá ser interpretado de forma prejudicial à defesa.

No que tange à sua natureza jurídica, o princípio da não autoincriminação foi alçado à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, uma vez que visa proteger o indicado de qualquer arbitrariedade que possa ser perpetrada pelo Estado durante a persecução penal. Assegurando as integridades físicas, morais e psíquicas quando o Estado precisa de sua cooperação para a produção probatória.

No entendimento de Ferrajoli (1997, p. 44), o princípio da não autoincriminação é a principal ideia do garantismo acusatório, do qual possui como fundamentos a proibição da tortura espiritual; o direito ao silêncio, bem como a faculdade de dizer a verdade; a proibição de inviolabilidade da consciência do acusado, bem como o de se arrancar com violência e manipulação qualquer tipo de confissão; e a o direito de o indiciado ser assistido por um defensor que impeça qualquer tipo de violação processual.

3.2 O *nemo tenetur se detegere* no Direito Comparado

O Brasil não é o único Estado soberano que garante ao acusado o direito de não autoincriminar-se, sendo perceptível sua presença no diploma normativo de vários outros países, ainda que não de forma explícita.

A Constituição de Portugal, traz o princípio do *nemo tenetur se detegere* de forma implícita, quando admite em seus dispositivos o direito ao silêncio, trazendo, conseqüentemente, em seu bojo o direito a não autoincriminação ao acusado. Nesse sentido, Dias e Ramos (2009, p. 14-15) dispõem que

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.

Dias (2009, p. 39) ainda aduz que se o *nemo tenetur*, seja na sua vertente de direito ao silêncio, ou na de privilégio do arguido contra a autoincriminação, não se encontrar expressamente e diretamente plasmado no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes, não só quanto a vigência do princípio no processo penal português, como quanto sua natureza constitucional.

Por sua vez, Queijo (2003, p. 146) admite que o princípio não foi capitulado expressamente na Constituição Portuguesa, todavia, em seu artigo primeiro, a Carta Magna do país estabelece que a República Portuguesa possui seus pilares na dignidade da pessoa humana, configurando autenticidade ao princípio, ainda que este não esteja escrito.

De igual modo ocorre na Alemanha, que não possui em sua legislação pátria dispositivo específico versando sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo, todavia, isso não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro “direito constitucional não escrito”. Nesta linha, é possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional (ANDRADE, 1992, p. 124).

Assim, para Queijo (2003, p. 142):

Não há dispositivo constitucional específico com relação ao *nemo tenetur se detegere* ou mesmo quanto ao direito ao silêncio do acusado. Contudo, apesar disso, entende-se que o princípio tem envergadura constitucional, incluído entre os direitos fundamentais, não podendo ser violado em seu núcleo essencial (cf. art. 19, n. 2, da Lei Fundamental) nem pelo Judiciário nem pelo Legislativo.

O direito alemão, portanto, consagra o direito de não auto incriminar-se por meio de três dispositivos constitucionais que são previstos em sua Constituição, a supremacia da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, por fim, a proibição de afetação do núcleo essencial de um direito.

Por fim, quando ao *nemo tenetur se detegere* no direito italiano, entende-se que, embora a Constituição italiana não o reproduza expressamente, este está inserido no direito de autodefesa que possui o incriminado. O Código de Processo Penal italiano em vigor estabeleceu em seu título IV, dedicado ao acusado, algumas disposições que refletem o posicionamento do legislador em relação ao princípio. Diversas regras foram estabelecidas para evitar qualquer tipo de mácula aos direitos e garantias individuais do acusado, inclusive a faculdade de não responder ao seu interrogatório judicial (QUEIJO, 2003, p. 127).

3.3 O conceito de verdade e o *nemo tenetur se detegere*

A busca pela verdade no processo penal sempre foi alvo das mais diversas controvérsias, especialmente no que tange ao conceito de verdade empregado àquela obtida por meio das provas durante a persecução penal. Isto porque, o que se obtém verdadeiramente ao final da instrução é a reconstrução dos fatos ocorridos no passado, os quais não podem ser reproduzidos fielmente no seio do processo, levando a maioria dos doutrinadores a crer que a verdade encontrada, portanto, seria meramente formal.

Essencialmente, para Távora e Alencar (2014, p. 67), a verdade real, em termos absolutos, é inatingível, afinal, a revitalização dos fatos durante a persecução penal é apenas uma materialização formal do que se imagina ter acontecido. O que se busca é uma verdade processual, baseada na verossimilhança extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa a paridade das armas e conduzido por um magistrado imparcial. O resultado almejado seria, então, a prolação da decisão que reflete o convencimento do juiz a respeito dos delitos praticados, construído com equilíbrio e revestido de medida justa.

Segundo Lopes Júnior (2008, p. 540 – 550), “é um erro grave se falar em verdade real, não só porque a própria noção de verdade é excessiva e difícil de ser apreendida, mas também

pelo fato de não se poder atribuir o adjetivo de real a um fato passado, que só existe no imaginário”. De acordo com o autor, o real está ligado à ideia de presente, e o crime é fato da história, motivo pelo qual será reconstruído durante o processo.

Dessa forma, percebe-se que a verdade processual não possui o intuito de ser a verdade absoluta, mesmo porque é obtida de forma condicionada em relação ao respeito quanto aos procedimentos e garantias de defesa. Seu método de aquisição possui maior controle e seu conteúdo informativo é mais reduzido. Lopes Júnior (2014, p. 411) também aduz que:

Quem fala em verdade real confunde o “real” com o “imaginário”, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real. Já a verdade processual jurídica está relacionada com a subsunção do fato à norma, um procedimento classificatório. A lógica aqui é dedutiva, o conhecido silogismo que se realiza na sentença. Claro que não se trata de mera adequação do fato à norma. Permeia essa atividade uma série de variáveis de natureza axiológica, inerentes à subjetividade específica do ato decisório, até porque toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida.

Nas lições de Lima (2015, p. 67), reputa-se que é impossível o alcance da verdade real. Nestes termos, a prova produzida pelas partes, ainda que seja extremamente robusta e contundente para demonstração de uma verdade, é incapaz de convencer o julgador com um nível de certeza absoluta. Havendo tão somente uma maior aproximação dos fatos, buscando o mais elevado grau de exatidão possível quanto à reconstituição do ocorrido.

O conceito de verdade formal foi primeiramente estabelecido pelo processo civil, que dispunha que se ainda restassem dúvidas a respeito do litígio ao final do processo, o julgador deveria tomar sua decisão baseando-se na verdade formal. Isto, porém, admitia-se por conta do caráter disponível que possuíam os problemas enfrentados pela justiça civil, o que não aplicava-se ao processo penal, tendo em vista a discussão sobre liberdade de locomoção e outros direitos indisponíveis do cidadão. A descoberta da verdade deveria, portanto, ser obtida a qualquer preço, sendo indispensável para a pretensão punitiva do estado.

Neste diapasão, Ferrajoli (2006, p. 48) entende que a verdade processual é aquela que se obtém:

Pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa.

Ao longo da história, a busca pela verdade absoluta foi utilizada para legitimar as mais diversas atrocidades cometidas contra os acusados no processo penal. Provavelmente o maior prejuízo obtido pela busca incessante da verdade, tenha sido a disseminação de um

tratamento inquisitivo, que contaminou a maioria dos órgãos responsáveis pela persecução criminal. Apesar das recentes inclinações doutrinárias a respeito da verdade real e sua intangibilidade, esse nem sempre foi o ideal seguido pelos julgadores

Para Oliveira (2014, p. 352) a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.

Nos ensinamentos de Lima (2015, p. 66):

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tomou a sua persecução o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade.

Por conta disso, em que pese a esfera garantista que permeia o direito processual penal atualmente, com a centralização dos direitos inerentes ao acusado como pessoa humana, a ideia da busca pela verdade a qualquer custo continua fortemente enraizada nos homens, de modo que a vingança continue enxergando o criminoso como um mero objeto de prova, e não um sujeito de direitos, como de fato deveria ser.

Aliado a isto, tem-se que a apuração da verdade revela-se, em grande maioria das vezes, tarefa árdua e demorada, fazendo com que a violência contra o corpo seja uma forma mais rápida e mais barata para se alcançar a tão esperada verdade. Por conta disso, a aplicação concreta do princípio da não autoincriminação é frustrada, uma vez que em nome da busca pela realidade dos fatos, perfaz-se o desrespeito aos direitos fundamentais do acusado diariamente.

O *nemo tenetur se detegere* foi, e ainda é considerado a primeira máxima do garantismo penal, trazido pelo iluminismo, para posteriormente dar forma ao processo acusatório. Sua filosofia deu origem a diversos outros princípios penais que elevaram o homem à condição de sujeito do processo. Dele resultaram corolários como a proibição da tortura espiritual, o direito ao silêncio, a faculdade do acusado de responder o falso, a proibição não só de arrancar confissões com violência, como também a de utilizar-se de outras formas de torturas psicológicas como as drogas para obtê-las, bem como o direito à presença de um defensor em seu interrogatório como forma de impedir abusos ou violações às garantias constitucionais (FERRAJOLI, 2006, p. 560).

Todavia, se por um lado o princípio *nemo tenetur se detegere* foi aceito em diversas legislações ao redor do mundo, no Brasil, a busca pela verdade real reflete os anseios mais perversos da humanidade, que encara o direito a não autoincriminação como um empecilho

quanto aos interesses da sociedade, gerando relação antagônica entre as garantias individuais do acusado e o ideal de justiça.

Apesar disso, a Carta Magna brasileira, ao assegurar o respeito à dignidade humana como princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, delineou diversos direitos e garantias essenciais para a manutenção da honra do acusado, especialmente no âmbito penal, que pode trazer em seu arcabouço máculas seríssimas à integridade dos indiciados.

Na realidade, percebe-se ainda no atual momento, em que a verdade formal ou processual foi amplamente aceita no mundo jurídico, que a busca pela verdade material ou absoluta ainda faz parte do imaginário da sociedade, que legitima, mesmo que de forma extralegal, a prática de abusos perpetrados em nome da busca pela realidade dos fatos, não sendo bastante o *jus puniendi* estatal.

3.4 Teoria dos Direitos Fundamentais e relativização do *nemo tenetur se detegere*

Inicialmente, para que se possa analisar a função do princípio da não autoincriminação como direito fundamental, e conseqüentemente a possibilidade de sua limitação, é necessário que se faça breve exposição a respeito da teoria dos direitos fundamentais, suas características e funções, como meio de entender de forma mais aprofundada a natureza do *nemo tenetur se detegere* e o porquê da importância do tema nos dias atuais.

Hodiernamente, utiliza-se as expressões direitos humanos e direitos fundamentais como análogas, todavia, não obstante estes últimos terem sua origem atrelada aos direitos humanos, nascendo deles, no plano jurídico, possuem aplicações diferentes, que devem ser aqui distinguidas. Para Canotilho (2007, p. 393):

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Dessa forma, apesar de possuírem a mesma origem que os direitos humanos, as garantias fundamentais são normas circunscritas ao ordenamento jurídico de cada país, que juntas, formam um conjunto de direitos aptos à proteção da dignidade da pessoa humana frente à arbitrariedade do Estado, estabelecendo condições mínimas para a vida honrada em sociedade, bem como seu desenvolvimento.

Silva (2001, p. 182), conceitua o termo fundamentais como as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e por muitas vezes não sobrevive. São, portanto, fundamentais pois que todos os homens o deve ser de forma igual, mas acima de tudo devem ser reconhecidas de forma concreta e efetiva.

Seguindo a mesma orientação, Canotilho (2007, p. 407–410), em seu vasto estudo, lista quatro funções dos direitos fundamentais, sendo eles: a função de defesa ou de liberdade, na qual o Estado não interfere na esfera jurídica do indivíduo; a função de prestação social, quando garante as necessidades básicas do indivíduo, como saúde e educação; a função de proteção diante de terceiros, na qual o Estado protege a dignidade de seus integrantes de outros particulares que podem agir descumprindo o contrato social; e por fim, a função de não-discriminação, a qual relaciona-se com o tratamento igualitário à todos os indivíduos.

Após a Segunda Grande Guerra e o governo militar no Brasil, em que as violações às liberdades individuais foram gravemente perpetradas, buscou-se reviver a humanização da estrutura estatal através da valorização da dignidade da pessoa humana, que teve seu ápice na Constituição Federal de 1988. Por conta disso, este supra princípio foi eleito como a base formadora para o Estado Democrático de Direito.

O artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal dispõe que os direitos e garantias individuais expressos da Constituição, não excluem os demais direitos que possam decorrer dos princípios adotados por ela, aceitando, inclusive, os tratados e convenções internacionais como equivalentes às emendas constitucionais se aprovadas pelo rito formal das emendas constitucionais.

Esta é a lição apresentada por Scarlet (2006, p. 140):

O alcance do art. 5º, §2º, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. Com efeito, objetivo precípua da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional.

Assim, percebe-se que o rol de direitos fundamentais não é taxativo, admitindo novos direitos além daqueles previstos em texto na Carta Magna de modo que a norma é denominada de *fattispecie* aberta, resultando na possibilidade de a Constituição adaptar-se aos novos cenários sociais enfrentados ao longo da história, o que pode ocorrer pela incorporação e novos princípios mediante a mutação dos valores da sociedade, ou mesmo decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

Discorrer a respeito da possibilidade ou não de limitação do *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias pressupõe a existência de dois princípios fundamentais e antagônicos, tendo em vista que o direito à liberdade conferido ao acusado, estará em conflito direto com o direito de promover a paz social e garantir a justiça às vítimas dos delitos. Nesse ponto, os princípios, assim como as regras, são considerados normas, no que definem o dever ser, ou a melhor conduta a ser seguida pelo sujeito.

Todavia, o que difere ambos é o grau de flexibilidade que apresentam, já que as regras somente possuem natureza de comando rígido, sendo seu dever ser admitido ou de forma válida, ou então não será aceito. Ao passo que os princípios possuem um grau de abstração maior, permitindo que os casos concretos sejam resolvidos de forma menos categórica, levando-se em consideração condições de natureza fáticas e também jurídicas. Assim, para Dworkin (2002, p. 42) toda vez que se verificarem dois princípios regulado uma mesma situação, de forma que entrem em conflito, deverá haver juízo de ponderação, ou seja, nenhum dos princípios será excluído do ordenamento jurídico brasileiro, ocorrendo tão somente a valoração do peso e importância deles na situação fática.

Esta colisão é muito mais frequente que se pode imaginar, ainda mais quando as mutações culturais ocorrem de forma tão rápida como na sociedade atual. A cada vez mais, as Constituições são consequência de processos democráticos, que trazem ideais completamente distintos e por vezes contraditórios. Corroborando com esta ideia, Larenz (1997, p. 575) esclarece que:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada.

Dworkin (2002, p. 24) ensina que:

Quando dois princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do princípio oposto. Diversamente, se duas regras entram em conflito, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. A colisão dos princípios portanto, resolve-se na *dimensão de peso*; já o conflito entre regras resolve-se no *plano da validade*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* foi elevado à condição de direito fundamental através da Constituição de 1988, que previu em seu artigo 5º, LXIII o direito ao silêncio, aduzido que o preso deve ser “informado de seus direitos entre os quais, o direito a não autoincriminação”. As outras versões adotadas pelo Brasil e que são decorrentes deste mesmo diploma devem ser extraídas dos pacos internacionais ratificados pelo Brasil.

Dentre os tratados internacionais assinados pelo Brasil, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foram ratificados em 06 de julho e 1992 e 06 de novembro do mesmo ano, respectivamente. Trazendo em seus artigos expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Mister verificar que os tratados foram recepcionados com status de normas supralegais, ainda que não tenham passado pelo procedimento de aprovação das emendas constitucionais, conforme já foi mencionado ao decorrer deste trabalho

Conforme acima discorrido, os princípios possuem grau de abstração maior que as regras, o que lhes garante natureza mais flexível, e por conta disso, coexistem e se relacionam harmonicamente, sendo aplicados de acordo com o caso concreto, podendo ser considerados relativos, especialmente os direitos fundamentais, que não podem, em hipótese alguma, serem absolutos.

Na visão de Queijo (2003, p. 27), o princípio da não autoincriminação adquiriu um caráter garantístico, guardando a liberdade moral do acusado para decidir de forma consciente, se coopera ou não com a investigação e com a autoridade judiciária. Portanto, para grande parcela da doutrina e jurisprudência, o princípio traz uma sensação de poder ao réu, uma vez que conserva seu status de intocável, impedindo a produção das provas no processo penal.

Conforme já foi mencionado, o direito de não autoincriminar-se é interpretado amplamente, assegurando ao indiciado o direito de não participar de qualquer ato da fase probatória que possa infirmar sua presunção de inocência.

4 DA IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE NAS INTERVENÇÕES CORPORAIS PROBATÓRIAS

4.1 A problemática das intervenções corporais probatórias sem consentimento do acusado

Conforme já visto, as provas no processo penal possuem fundamental importância para o esclarecimento do delito, sendo conceituadas como o meio pelo qual o magistrado, até então ignorante, passa a ter conhecimento do injusto penal, formulando seu convencimento a partir dos elementos trazidos pelas partes para solucionar os conflitos e instaurar novamente a paz abalada pela violação ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, quanto às provas que demandam a colaboração do acusado é possível haver a distinção entre dois grandes grupos, quais sejam, os das provas que pressupõe a intervenção corporal do acusado e aquelas que não necessitam de qualquer tipo de intervenção, verificando-se que as primeiras se subdividem em invasivas ou não invasivas.

A diferenciação entre provas invasivas ou não invasivas é de extrema importância para o desenvolvimento do trabalho, uma vez que somente estará sobre análise as provas que necessitam de uma interferência direta no corpo do acusado, e a até que ponto o princípio da não autoincriminação incide para proteger o indivíduo desse tipo de invasão.

Portanto, a diferença entre ambos os tipos reside basicamente no fato de que as ingerências corporais invadem o organismo do acusado, pressupondo-se a penetração de instrumentos ou substâncias em cavidades do agente passivo, sendo estas, naturais ou não. Como exemplo, os exames de sangue ou ginecológico para comparativo de material genético. Já as não invasivas, compreendem as perícias que não necessitam de interferência corporal, utilizando-se de outras formas para a obtenção de materiais para comparação, como a retirada de impressões palmares ou utilização da voz.

Dessa forma, a problemática gira em torno da discussão a respeito da possibilidade de o *nemo tenetur se detegere* possuir efeitos limitados quanto as intervenções corporais que servem como meio de produção de provas, questionando-se sobre a possível ponderação do princípio, com o conseqüente afastamento do direito de não se auto incriminar em nome da ordem pública.

É sabido que as provas genéticas desempenham um papel fundamental durante a investigação preliminar, sendo decisivas para a definição da autoria do delito, todavia, sua importância reside no comparativo entre amostras recolhidas na cena do crime, e o material

fornecido pelo acusado para contraprova. Assim, o ponto controverso ocorre quando o acusado não consente com a realização da perícia em seu corpo, sob invocação do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Cediço que o direito de não colaborar com a produção de provas abrange não somente o direito ao silêncio, como também o direito de não comparecer em audiências, ou não fornecer documentos ou qualquer tipo de material biológico que possa servir para a formalização de sua culpa.

Imprescindível ressaltar que não existe controvérsia quanto ao material genético do acusado encontrado no local do injusto, como vestígios de células corporais ou sangue, isto porque poderão ser colhidos normalmente tendo em vista que fazem parte do cenário criminoso, não pertencendo mais ao indivíduo. Dessa mesma forma, também não existe divergência doutrinária quanto ao material obtido pela dispensa de objetos pelo acusado, que uma vez considerados lixo, sendo descartados, podem ser recolhidos e utilizados como instrumento probatório. Nesse sentido, já dispôs Lopes Júnior. (2008, p. 580):

Nos casos em que as células corporais necessárias para realizar uma investigação genética, por exemplo, encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos, etc.), no corpo da vítima ou em outros objetos não existe problema, uma vez que podem ser obtidas normalmente, através da busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal. Desta forma, a obtenção de células corporais na roupa (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa íntima com sêmen) do imputado ou na sua casa, também poderá ser recolhida, utilizando os normais instrumentos jurídicos.

Desta mesma forma, não encontra resistência no ordenamento jurídico brasileiro, as intervenções corporais probatórias que são autorizadas pelo indiciado, já que esta ação é abrangida pela autodefesa, possuindo, portanto, natureza disponível, sendo renunciável. O referido autor também aduz o seguinte,

Havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável. O problema está quando necessitamos obter as células corporais diretamente do organismo do sujeito passivo e este se recusa a fornecê-las. Se no processo civil o problema pode ser resolvido por meio da inversão da carga da prova e a presunção de veracidade das afirmações não contestadas, no processo penal a situação é muito mais complexa, pois existe um obstáculo insuperável: o direito de não fazer prova contra si mesmo, que decorre da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio) (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 581).

Igualmente ao direito penal, o Código Civil dispõe sobre a garantia de não auto incriminar-se, em seu artigo 232, que esclarece que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Seguindo este mesmo entendimento, a Súmula 301 do STJ traz o seguinte enunciado: “em ação investigatória, a

recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade”. Isto posto, percebe-se que o direito não produzir provas contra si mesmo encontra guarida não somente no direito penal, mas também por outras esferas jurídicas que necessitam da formação de provas.

Apesar disso, não se pode concluir que o direito à recusa de submeter-se às intervenções corporais probatórias tenha tratamento igual em ambas as áreas, isto porque as consequências dispensadas ao agente passivo quando de sua omissão são completamente diferentes em ambas as esferas do direito, exclusivamente porque no processo penal vigora o princípio da presunção da inocência, o que não se verifica nas demandas cíveis.

Isso ocorre porque o direito penal cuida das violações jurídicas que pressupõe a retirada da liberdade do indivíduo, sendo a *ultima ratio* da resolução dos conflitos da sociedade. Dessa forma, apesar de o agente passivo cível não estar obrigado a participar da produção probatória invasiva, da sua recusa serão retiradas consequências desfavoráveis, como por exemplo a presunção de paternidade no caso de recusa de exame de DNA. Aduzia assim Gomes Filho (1997, p.119):

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

Por isso, se no âmbito cível a recusa na participação a do agente passivo nas ingerências corporais pressupõe veracidade das afirmações que não foram contestadas, com a possibilidade de inversão da carga probatória, a mesma facilidade não acontece na justiça criminal, tendo em vista que deve imperar o princípio da presunção de inocência.

Assim, a divergência diz respeito aos casos nos quais o acusado não consinta em fornecer seu material genético. Estaria ele exercendo seu direito de autodefesa, ou esta garantia pode ser limitada frente ao bem maior da sociedade?

4.2 Argumentos contrários à intervenção corporal sem consentimento do imputado

Para essa análise é possível encontrar fundamentalmente dois posicionamentos. O primeiro deles rechaça de forma absoluta a possibilidade desta limitação. Isto porque aliado

aos princípios da presunção de inocência e *nemo tenetur se detegere*, encontra-se o sistema acusatório do processo penal utilizado pelo direito brasileiro.

Este sistema se caracteriza pela distinção os atores da persecução criminal, havendo contraposição entre a acusação e defesa, que possuem relação de paridade. Ambas as partes se sobrepõem a um juiz que, de maneira imparcial, julga a demanda, havendo clara separação nas funções de acusação, defesa e julgamento. Para Távora e Alencar (2014, p. 48), os princípios do contraditório, ampla defesa e publicidade regem todo este sistema, estando o órgão julgador instruído pela mais alta imparcialidade.

Nestes termos, sua característica fundamental é a separação entre o juiz e a acusação, de forma que o julgador não pode, *ex officio*, determinar a produção de provas. Em verdade, estas devem ser trazidas unicamente pelas partes, mantendo o magistrado uma postura completamente passiva quanto à reconstrução dos fatos. Distanciando-se o máximo possível da produção de provas, sendo mero árbitro. Diferente do sistema inquisitorial, que pressupunha a concentração de todas as funções do processo em uma única figura, o juiz, confundindo os papéis de acusação e julgador, que concentrados em um só indivíduo, acabava por resultar na total imparcialidade.

Lima (2015, p. 40), leciona que a gestão das provas é função das partes, sendo a responsabilidade do juiz somente garantir que os procedimentos sejam feitos de forma correta, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Continua esclarecendo que no sistema acusatório, o processo é construído através do confronto entre acusação e defesa, chegando como consequência, à solução do caso penal.

As características distintivas do sistema acusatório são a separação das funções no processo penal, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos, e a construção da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Ainda nesse sentido, dispõe Ferrajoli (2006, p. 518):

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução

Nas lições de Lopes Júnior (2003, p. 14), o Ministério Público, no sistema acusatório, é o agente exclusivo da acusação, o que garante que o juiz possa ter uma postura imparcial, submetendo sua atuação através da ação penal. Aduz *in verbis*:

Na fase processual, a gestão de provas deve estar nas mãos das partes, assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento, ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra de igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. O sistema acusatório exige um juiz expectador, e não um juiz ator (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 14).

Choukr (2001, p. 45), descreveu que a separação entre as funções exercidas dentro do processo penal, traz um outro perfil ao juiz, que passa a ser um investigador do fato delituoso, possuindo papel de “garantidor da legalidade das medidas investigatórias tomadas contra ou a favor do acusado”. Dessa forma, o sistema se apresenta como democrático, pois além de dividir os papéis exercidos dentro da persecução penal, também passa a atribuir ao acusado status de indivíduo possuidor de garantias e direitos.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório no Brasil, todavia não o fez de uma forma pura, vez que tornou a propositura da ação penal privativa do Ministério Público, e admitiu que a carga probatória é responsabilidade exclusiva para as partes. Assim, a iniciativa probatória do julgador deve, portanto, limitar-se ao esclarecimento de questões ou pontos em que haja dúvida sobre o material trazido a seu conhecimento pelas partes.

O modelo brasileiro, portanto, é tido como misto por boa parte da doutrina pois apresenta características tanto acusatórias como inquisitórias. Isto ocorre, pela possibilidade ainda que mínima, e de forma excepcional, que o juiz possui de produzir provas. Fato que se comprova por ações de concessão de habeas corpus e decretação de prisão preventiva.

É exatamente em decorrência do sistema acusatório, no qual cada agente atua de forma exclusiva em sua função, exercendo-a de forma extremamente delineada, que, em nome do princípio da presunção de inocência, não se pode limitar a defesa do réu em seu ponto de vista negativo, pois “caberá a carga probatória da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos negativos do delito a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação para liberar-se de uma carga que não lhe incumbe” (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 347).

Seguindo este raciocínio, merece destaque, que o direito brasileiro adotou a teoria do ônus da prova na qual cabe exclusivamente à acusação demonstrar se a conduta do agente é típica, ilícita e culpável. A acusação afirma fatos ocorridos no passado, objetivando uma consequência de direito, a condenação, desta feita, são exatamente estes fatos constitutivos do delito que ela deve obrigatoriamente provar. Caso contrário, em nome do princípio da presunção de inocência, deverá o imputado ser considerado livre. Não obstante, o réu jamais

poderá ser prejudicado por um fato que gere dúvidas no momento da instrução, ainda mais nos casos de uma sentença condenatória.

Ao réu, por outro lado, caberá somente provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória, demonstrando qualquer tipo de possui no plano material, o condão de impedir a o decreto condenatório. Porém, a demonstração desses fatos não é considerada imprescindível, de modo que caso não ocorra, isso por si só, não justificará a procedência das alegações da acusação. Isto porque, em relação ao agente passivo, o ônus da prova é diminuído ou imperfeito, sendo aliviado em nome do princípio *in dubio pro reo*.

Assim, nas intervenções corporais probatórias, bem como em todos os outros meios de prova, não caberá ao acusado fornecer todas as condições necessárias para a obtenção de seu material genético para a acusação. Pelo contrário, não sendo de seu interesse o comparativo entre as provas já colhidas, deverá permanecer inerte, exercendo seu direito de não contribuir para sua própria acusação. Ademais, uma vez que a carga probatória recai exclusivamente para o que alega os fatos ocorridos, este deverá possuir outras formas de adquirir as provas que tanto almeja, não devendo esperar da parte menos interessada sua colaboração.

Ademais, não bastasse o ônus da prova ser apenas da acusação, não pode ser considerado razoável que o indivíduo se submeta a qualquer tipo de constrangimento físico em nome da busca pela verdade e pelo bem da sociedade. Não apenas estaria infringindo o direito da não autoincriminação, como diversos outros princípios dispostos na Constituição Federal Brasileira e no ordenamento jurídico mundial como *supra* princípios.

Constranger o sujeito passivo à intervenção corporal sem seu consentimento se igualaria à tortura, nos mesmos moldes que as torturas para obtenção das confissões na Idade Média, o que não apenas revelaria inequívoco retrocesso, como mancha às garantias individuais já conquistadas pelo indivíduo como sujeito de direitos, resultado de lutas seculares.

Mesmo porque, além do direito ao silêncio, existem outros direitos fundamentais que tutelam a integridade física do acusado e impedem as intervenções corporais quando este se renuncia a fornecer seu material genético. Assim, a Constituição assegura o direito à vida, o direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa em virtude de lei, o direito de não ser submetido à tortura ou qualquer tratamento degradante, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, além da inadmissibilidade das provas ilícitas (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 347).

Corroborando com este raciocínio, argumenta-se ainda, que os direitos fundamentais acima somente poderiam ser restringidos ou limitados por meio de lei expressa no

ordenamento jurídico brasileiro, o que não ocorre nos dias de hoje. Além disso, não poderia ser feito por meio de uma simples lei ordinária, mas tão somente por meio de norma constitucional. A explicação deriva do fato de que somente uma norma de mesma hierarquia poderia limitar tais garantias, assim, para que houvesse a restrição dos direitos fundamentais, imprescindível eu houve outra norma de status constitucional, que abriria a possibilidade da restrição, mas designaria para uma lei ordinária, sua regulamentação.

Corroborar esse entendimento o fato de que a limitação de outros direitos fundamentais similares não se realiza por norma ordinária, senão que merecem atenção da Constituição. Como exemplo, podemos citar o direito à liberdade, cuja limitação (cautelar ou definitiva) está expressamente prevista na Carta (art. 5º, LVII e LXI da CB). No mesmo sentido, o direito ao sigilo das comunicações está expressamente restringido na Constituição (art. 5º, XII), e regulamentado em norma ordinária, da mesma forma que a inviolabilidade de domicílio (5º, XI) (LOPES JÚNIOR, p. 349).

Porém, no sistema brasileiro não existem disposições constitucionais que admitam a possibilidade de limitação do direito à integridade física e moral, e à vida. Tampouco normas ordinárias que disponham sobre a matéria. Por conta disso, Lopes Júnior (2003, p.349) e, principalmente pela omissão legislativa, as intervenções corporais probatórias em que não haja consentimento do acusado, são inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 Argumentos a favor da intervenção corporal probatória sem o consentimento do acusado

Por outro lado, a segunda corrente doutrinária que trata a respeito do *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias, não aceita a aplicação ampla e irrestrita do princípio, admitindo que em certos momentos, poderá haver a flexibilização deste direito, desde que feita de forma regulamentada e obedecendo inúmeros pressupostos. Diversos são os posicionamentos que pretendem legitimar a execução compulsória desse tipo de prova sem que haja concordância do denunciado, apesar disso, todos os estudiosos da matéria convergem em um ponto comum, não deverá haver qualquer tipo de risco à vida do imputado, devendo ser assegurada sua dignidade, sem que seja submetido a qualquer tipo de procedimento vexatório.

O primeiro posicionamento relaciona-se à inversão do ônus da prova. Conforme visto, no processo penal, caberá exclusivamente à acusação a prova das alegações feitas, de modo que o réu deverá se defender do acervo probatório trazido pela outra parte. Nestes termos, o acusado continuaria a não ser obrigado a tolerar as intervenções corporais, porém sua recusa

seria interpretada como um indício de culpa, invertendo-se o ônus da prova, passando a ser responsabilidade da defesa comprovar que os fatos não ocorreram, ou que a autoria não foi do réu.

Este entendimento, porém, não deve, se forma alguma, ser aceito. Isto porque o processo penal brasileiro possui como princípio fundamental a presunção de inocência, de modo que todos devem ser considerados inocentes até que se consiga comprovar o nexo de causalidade do réu com o delito supostamente praticado. O indivíduo não pode ser prejudicado por exercer um direito que é oferecido pelo próprio ordenamento, sendo esta opção inviável.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Oliveira (2011, p. 402) acredita encontrar solução para o dilema quando admite que o direito de não auto incriminar-se possui a função de proteger a integridade física e mental do indivíduo, bem como sua dignidade como pessoa, de forma que nas intervenções corporais probatórias que não oferecessem quaisquer riscos as essas garantias, não haveria motivos para a recusa em submeter-se aos procedimentos. O autor continua, aduzindo que haveria uma presunção de existência do fato, mesmo que este não tenha sido provado, uma vez que a recusa das ingerências não seriam racionalmente justificadas (OLIVEIRA, 2011, p. 402).

Verifica-se que novamente não são levados em consideração os pressupostos basilares do direito penal brasileiro. O que o autor estimula é a aplicação do tratamento dado às ações de investigação de paternidade do direito civil, todavia, mais uma vez a presunção de inocência não é observada em sua integralidade, já que a presunção de veracidade pela não realização do exame poderia resultar no ergastulamento de um indivíduo que tão somente se recusou a participar da produção ativa das provas, ferindo também a ideia de que o direito penal deve ser aplicado somente em casos excepcionais, tendo em vista que sua consequência é gravíssima.

O terceiro argumento para a possibilidade de limitação do *nemo tenetur se detegere* relaciona-se a dificuldade que a interpretação ampla do princípio geraria para a elucidação dos fatos. Albuquerque (2008, p. 47), admite que a aplicação ampla do direito de não auto incriminar-se traria o acusado à uma condição de intocável, já que não poderiam ser exigidas dele qualquer conduta sem que houvesse seu consentimento expresso. Para o autor, o acusado “estaria dotado de poderes em relação ao andamento processual, de forma que a proposta da restrição seria fundamentada com base no contraditório, que dispõe sobre a igualdade de condição das partes em provar os fatos” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 47).

Apesar de consideravelmente mais razoável, este argumento também não pode ser admitido para fundamentar a restrição do direito de não auto incriminar-se. O princípio do contraditório estabelece que o processo penal deve pautar-se nas condições igualitárias para ambos os lados, acusação e defesa, de modo que tenham as mesmas oportunidades perante o julgador. Nesta senda, o *nemo tenetur se detegere* veio para proteger o cidadão que é infinitamente mais fraco que o Estado, necessitando portanto de uma proteção maior face ao seu adversário, que além de possuir mais formas de produção de provas, é também responsável pela criação e aplicação das normas. Assim, ainda que sobreexista a possibilidade de limitação, jamais poderá ser extirpado do ordenamento jurídico.

Maria Elizabeth Queijo traça a possibilidade de restrição de uma forma mais palpável, solucionando diversas lacunas presentes nos demais argumentos apresentados. Para a autora a restrição somente poderá ser feita mediante a edição de uma lei revestida de caráter constitucional, já que o *nemo tenetur se detegere* é uma norma fundamental. Em suas palavras:

O diploma legal que vier a estabelecer as limitações ao *nemo tenetur se detegere* deverá atender ao princípio da legalidade. Deverão tais limitações ser impostas por lei estrita e prévia. Portanto, deverão ser elas de caráter geral e abstrato, claras e objetivas, não contendo indeterminações. Vedam-se, assim, as restrições casuísticas a direitos fundamentais. Além disso, deverá a lei respeitar o princípio da anterioridade, para maior proteção da segurança jurídica e da liberdade (QUEIJO, 2003, p. 356-357).

A autora aduz que ainda com a edição da lei, a restrição somente poderia acontecer após a análise do caso concreto, havendo uma ponderação do grau de restrição de acordo com a gravidade do delito praticado. Assim, quanto maior a gravidade do injusto, maior seria a limitação do direito de não auto incriminar-se, devendo ser levado em consideração também o nível de probabilidade de o acusado ser autor do delito, de forma que quanto mais indícios de sua participação, menor seria a utilização do direito.

Queijo (2003, p. 357) também traz a impossibilidade de as intervenções serem requisitadas pelo Ministério Público, sendo o controle das intervenções feitos de forma prévia, respeitando o princípio da anterioridade.

Cuidando-se de restrição a direito fundamental, como é o *nemo tenetur se detegere*, operada no plano do processo penal, as limitações a ele deverão operar-se, necessariamente, por lei, que deverá observar o princípio da proporcionalidade, para que não haja inconstitucionalidade, tendo-se em vista que tanto o *nemo tenetur se detegere* como o princípio da proporcionalidade têm status de norma constitucional. Desse modo, evitam-se atuações arbitrárias por parte do Estado. As restrições ao *nemo tenetur se detegere*, que repercutem diretamente sobre a liberdade de autodeterminação do acusado, não poderão ser determinadas casuisticamente pelo julgador (QUEIJO, 2003, p.356).

Em sua doutrina, a pesquisadora também admite que a divisão entre provas invasivas e não invasivas pode determinar a limitação ou não do *nemo tenetur se detegere*, no sentido de que as invasivas devem ser consentidas pelo acusado, porém, não podem ser realizadas qualquer tipo de ingerência que pressuponha a o risco à saúde ou vida do indiciado, mesmo que haja seu consentimento. Mister ressaltar que em seu entendimento, as provas que possuem qualquer tipo de intervenção podem ser feitas mesmo sem a anuência do acusado.

Grande parte dos doutrinadores argumenta que, atendendo ao bom senso, é preciso buscar um ponto de equilíbrio, estabelecendo um juízo pautado na razoabilidade e na ponderação de valores para que seja solucionado o caso concreto. Portanto, devem ser toleradas as intervenções que não ofereçam nenhum risco e nem sejam consideradas humilhantes, quando o delito for extremamente grave ou não exista outra forma de comprovar a autoria.

“O princípio da proporcionalidade tem como questão nevrálgica a ponderação dos interesses em conflito, e realiza uma importante missão na regulamentação e aplicação das medidas limitativas de direitos fundamentais” (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 352). Para o processo penal, este princípio tem a função de limitador dos direitos fundamentais. Havendo, dessa forma, uma compensação entre o direito do acusado e o interesse coletivo, em ver reestabelecida a paz e a segurança social.

A legitimação do princípio da proporcionalidade, quando da restrição ao *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias, reside em seu caráter principiológico, atuando na esfera das situações plausíveis, de modo que os direitos fundamentais podem ser restringidos pelo legislador ordinário, ocorrendo em três ocasiões: que a Constituição preveja uma limitação expressamente, que a Constituição outorgue poder de restrição à uma norma ordinária, ou que a Constituição não limite direta ou indiretamente o direito (BARROS, 2000, p. 959).

Por se tratar de direito fundamental que estabelece uma posição jurídica, a sua ponderação será possível em casos de conflito com outros direitos fundamentais. Exatamente por se tratar de direito fundamental sem outorga ou limite constitucional, poderá haver a limitação legislativa de caráter restritivo, cabendo a valoração ao juiz, analisando-se o caso concreto para que determine a ponderação dos bens, bem como a extensão do limite a alcançar o direito a ser sacrificado (LOPES JÚNIOR, 2003, p. 353).

O princípio da proporcionalidade já é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, servindo como instrumento para a limitação de certos direitos fundamentais quando estes entram em conflito com outras garantias também asseguradas a nível constitucional. Assim,

nas intervenções corporais probatórias, o princípio da proporcionalidade teria aplicação quanto à valoração da mácula do direito do indivíduo em favor da sociedade, que espera do Estado uma resposta contra aqueles que de alguma forma violaram o contrato social.

Seria então, conforme este entendimento, perfeitamente plausível o sacrifício do direito de não auto incriminar-se do acusado, pois em contraste com o bem de toda a sociedade, significaria mais, suprimir o direito do indiciado.

Conforme se percebe, ainda há muita discussão a respeito das ingerências corporais quando o acusado não consente em doar qualquer material genético que possa servir para sua acusação. Ainda assim, os argumentos utilizados para legitimar este tipo de ação ainda carecem de muita análise, tendo em vista que apresentam lacunas insanáveis. Ademais, filia-se ao entendimento de que qualquer ação que envolva a invasão no corpo do acusado deve ser autorizada por ele, caso contrário assemelhar-se-á à tortura, além de infringir seriamente o direito do acusado não produzir provas contra si. Logicamente, não é de seu interesse contribuir para sua possível retirada de liberdade, de forma que todos os entendimentos acima expostos estão completamente fora do ideal de dignidade humana.

4.4 Posicionamento do Brasil em relação à limitação do *nemo tenetur se detegere* nas ingerências corporais

No Brasil, o direito de não auto incriminar-se é interpretado de forma ampla, garantindo ao réu a possibilidade de se recusar a contribuir para a produção de qualquer tipo de prova que possa infirmar sua presunção de inocência, acarretando em sua incriminação. Desta mesma forma, qualquer recusa em conceder material genético, não pode ser considerada como prejudicial pelo julgador no momento da formação de seu convencimento.

Com base neste entendimento, Haddad (2000, p. 267) afirma o seguinte:

Nenhum método de obtenção da verdade poderá ser usado contra a vontade do acusado. O consentimento, desde que não marcado pelo receio de que não se submetendo aos métodos extraordinários será presumida a culpabilidade, é indispensável, e o desrespeito à vontade constitui crime.

As discussões a respeito da obrigatoriedade de o réu colaborar com a produção de provas que pressupunham a intervenção corporal, surgiu no Brasil com as ações de investigação de paternidade, que necessitam do fornecimento de material genético a título comparativo. Porém, ao passo que no processo civil, a recusa na colaboração das provas pode ser interpretada de maneira prejudicial, no direito penal isto não é considerado razoável,

principalmente quando levamos em consideração a presunção de inocência que vigora durante toda a persecução penal.

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente, regulamenta algumas intervenções corporais, como os casos do uso de etilômetros para verificação do nível de álcool no sangue e a coleta de perfil genético para identificação criminal, porém, mesmo as ingerências que possuem regulamentação, não são consideradas obrigatórias, tendo em vista que incide sobre elas o *nemo tenetur se detegere*.

O entendimento majoritário é da não obrigação de o acusado participar ativamente da produção de provas, mais ainda quando estas pressupõem qualquer tipo de intervenção corporal, tendo em vista que o direito de não auto incriminar-se. Oliveira (2011, p. 401) observa:

A posição de nossa jurisprudência, particularmente a do Supremo Tribunal Federal, é em sentido absolutamente ampliativo do princípio da não autoincriminação. Sustenta-se a existência de um direito a não produzir qualquer tipo de prova contra si, sem que, entretanto, haja qualquer previsão constitucional nesse sentido

Verifica-se, portanto, que não são permitidas as intervenções corporais probatórias sem que haja o consentimento do acusado, sob pena de violarem o *nemo tenetur se detegere*, além de diversos outros direitos fundamentais, como o respeito à vida, integridade física e moral, a liberdade, e intimidade o direito à saúde. Ademais, mesmo que o procedimento a ser realizado não ofereça qualquer tipo de risco à saúde do réu, a submissão de seu corpo a um exame, seja ele de qualquer natureza (sangue, ginecológico, tomografias) seria uma afronta à sua dignidade como homem, o que não é tolerado pela Carta Magna de 1988, que traz como pressuposto de toda nação o respeito à dignidade humana.

De acordo com Nucci (2007, p. 91), obrigar o acusado à se submeter a qualquer tipo de intervenção corporal seja pelo forte indício de o réu ter cometido o crime, ou seja pela dificuldade em provar o que foi alegado pela acusação, é completamente insensato, uma vez que seria admitir a fraqueza da máquina estatal perante seus indivíduos.

Nesse sentido, é possível observar diversos julgados dos Tribunais Brasileiros que não aceitam a limitação do princípio da não autoincriminação nas intervenções corporais probatórias, alegando que este deve ser aplicado de forma extensiva. Nesta esteira, seguem trechos do voto da Ministra Relatora Laurita Vaz no HC nº 125.506 – SP.

Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 RTJ 176/805-806) -, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de

permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Esse direito, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, nesse sentido, como poderoso fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes, Tribunais e Comissões Parlamentares de Inquérito, p. ex.).

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual *nemo tenetur se detegere*, nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o “Bill of Rights norte-americano.

Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal (HC 80.530-MC/PA, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Trata-se de prerrogativa, que, no autorizado magistério de ANTÔNIO MAGALHAES GOMES FILHO (Direito à Prova no Processo Penal”, p. 111, item n. 7, 1997, RT), constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo (...).

O direito de o indiciado/acusado (ou testemunha) permanecer em silêncio - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em *Escobedo v. Illinois* (1964) e, de maneira mais incisiva, em *Miranda v. Arizona* (1966) - insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.

A importância de tal entendimento firmado em *Miranda v. Arizona* (1966) assumiu tamanha significação na prática das liberdades constitucionais nos Estados Unidos da América, que a Suprema Corte desse país, em julgamento mais recente (2000), voltou a reafirmar essa landmark decision, assinalando que as diretrizes nela fixadas (*Miranda warnings*) dentre as quais se encontra a prévia cientificação de que ninguém é obrigado a confessar ou a responder a qualquer interrogatório exprimem interpretação do próprio corpus constitucional, como advertiu o então Chief Justice William H. Rehnquist, autor de tal decisão, proferida, por 07 (sete) votos a 02 (dois), no caso *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 2000), daí resultando, como necessária consequência, a intangibilidade desse precedente, insuscetível de ser derogado por legislação meramente ordinária emanada do Congresso americano (... Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution ...).

Cumprir rememorar, bem por isso, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 68.742/DF, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVAO (DJU de 02/04/93), também reconheceu que o réu não pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a auto-incriminação, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrições que afetem o seu status poenalis.

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo submetido a procedimentos investigatórios ou a processos judiciais de natureza penal tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. “*Nemo tenetur se detegere*”. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Em suma: o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si próprio - constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por

qualquer dos Poderes da República. "(STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008).

A relatora também conclui que o direito de não se auto incriminar contém cláusulas que devem ser diretamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, as quais, além do direito ao silêncio, envolvem o de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova.

Decerto, a única intervenção corporal considerada legal, quando não há consentimento do acusado é a referente à extração de drogas do interior do corpo do acusado, tendo em vista que interesse não girará em torno de sua incriminação, mas sim, em conservar sua saúde, uma vez que a presença das substâncias entorpecentes em seu organismo representa risco incalculável à vida. Nesses termos, a jurisprudência é uníssona¹.

Ademais, caso o acusado não esteja ciente de seus direitos, sem que haja a expressa autorização para a realização da intervenção corporal, a prova produzida será considerada ilícita, portanto, inadmissível de acordo com artigo 5º, LVI da Constituição Federal. Neste contexto, a ilicitude da prova consistirá na inexistência de advertência ao acusado sob a desnecessidade de participação ativa na produção probatória.

A máquina estatal deve então, evitar as práticas omissivas que envolvam o engano ou a falta de instrução do indiciado, devendo deixar bastante claro sob os direitos a ele consagrados, mesmo porque, deverá ser cientificado que sua recusa não importará qualquer tipo de sanção, o que caso não seja feito, poderá acabar por induzi-lo a fornecer materiais genéticos, mesmo que não queira.

Assim, não basta que o acusado consinta na ingerência corporal, além disso, este consentimento não pode ser revestido de coação, violência ou erro, mas deve ocorrer sim, por

¹ PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. INGESTÃO DE CÁPSULAS DE COCAÍNA. SUBMISSÃO ESPONTÂNEA DOS ACUSADOS À RADIOGRAFIA ABDOMINAL E À INTERVENÇÃO CORPORAL. AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. 1. Demonstradas a autoria e a materialidade do tráfico transnacional ilícito de drogas, impõe-se a confirmação da sentença condenatória, ainda que com ajuste nas penas. 2. A submissão espontânea dos réus à radiografia abdominal, para a comprovação da materialidade do delito de tráfico internacional de entorpecentes, e à intervenção corporal, para expelir as cápsulas de cocaína ingeridas, não constitui afronta ao princípio do nemo tenetur se detegere. 3. A agravante específica do art. 62, I - CP, quando o agente "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes", não descrita na denúncia, não deve ser aplicada, sob pena de violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação, em maltrato ao princípio constitucional da ampla defesa. 4. Tratando-se de agentes primários, sem maus antecedentes, e não havendo evidências de que se dediquem à atividade criminosa, nem que integrem organização criminosa, e não tendo a sentença dado nenhuma justificativa para liminar a redução do § 4º do art. 33 em ¼, é de se deferir a fração máxima de 2/3. 5. Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida, para correção de erro material da sentença. Apelações dos réus parcialmente providas.(TRF-1 - ACR: 1879220094013600, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 26/08/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 04/09/2014)

livre e espontânea vontade do agente em colaborar, de modo que somente assim estará assegurado o *nemo tenetur se detegere*. Isto posto, a prova considerada ilícita será retirada do processo, e caso não seja retirada, o juiz não poderá leva-la em consideração para a formulação de seu juízo.

Desta feita, serão consideradas ilícitas todas as provas provenientes das intervenções corporais probatórias nas quais não tenha havido o consentimento do acusado, ou este consentimento seja eivado de algum vício, seja por coação ou induzimento ao erro, provando mais uma vez que não há limitação quanto ao princípio da não autoincriminação perante as ingerências corporais probatórias².

² Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Pedidos de apelo em liberdade e nulidade decorrente de prova ilícita. Paciente sobre quem recaíam suspeitas e que, durante visita ao presídio, foi submetida, além de revista pessoal, à intervenção corporal invasiva, sem o seu consentimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* e aos direitos à intimidade e dignidade. Ausência de autorização judicial. Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Desentranhamento. Conseqüente insubsistência de qualquer elemento que relacione a paciente à prática delitiva. Ordem concedida para trancar a ação penal, por ausência de justa causa. (TJ-SP - HC: 990104187222 SP, Relator: Almeida Toledo, Data de Julgamento: 16/11/2010, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/12/2010)

5 CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a analisar as posições doutrinárias da possível relativização do princípio *nemo tenetur se detegere* nas ingerências corporais, buscando compreender se este direito fundamental poderia ser restringido nos casos em que o acusado se recusasse a submeter-se às provas com invasão corporal invocando o direito de não auto incriminar-se. Para tanto, percebe-se que a natureza dos direitos fundamentais, apesar de admitir a limitação, visto que não são absolutos, deve ser feita com bastante cautela, tendo em vista que trata de direitos individuais extremamente sensíveis, tutelando bens importantíssimos, como no caso, a liberdade.

O direito ao silêncio encontra-se tipificado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, assegurando esse direito aos presos e, com fundamento na razoabilidade, aplicando-se aos acusados soltos, tendo em vista que uma vez permitida esta garantia a uma situação jurídica mais grave, poderá também ser aplicada a uma menos emergencial.

Em decorrência deste direito, e com a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, o princípio de não auto incriminar-se foi consagrado do direito brasileiro, garantindo ao acusado o direito de não participar ativamente de qualquer ação probatória que finalizasse em sua culpa. Logicamente, não é de interesse do sujeito passivo colaborar com o arcabouço probatório que poderá resultar no final em seu enclausuramento, o que foi prontamente compreendido pelo tratado.

Assim, apesar de não constar expressamente na legislação brasileira, o Pacto de São José da Costa Rica, trouxe a explicitamente o direito de o acusado não colaborar com a formalização de sua culpa, o que já vinha sendo aceito através do direito ao silêncio.

Isto posto, no que tange às provas no processo penal, já restou demonstrado que não é de responsabilidade do sujeito passivo a comprovação das alegações feitas pela acusação, de modo que cabe tão somente a ele, assistir de forma passiva, o desenrolar da instrução sem que seja coagido a submeter-se a qualquer tipo de prova que não deseje participar.

Especialmente no que diz respeito às provas que pressupõe a invasão no corpo do réu, deve haver o seu consentimento. As intervenções corporais probatórias, ou ingerências corporais, são aquelas que demandam a violação no corpo do acusado, seja para retirada de material genético como sangue ou sêmen, consideradas então invasivas, seja para a obtenção de impressões digitais ou palmares, consideradas então, intervenções não invasivas.

As intervenções corporais invasivas, assim chamadas as que invadem o corpo do acusado, necessitam de autorização expressa deste para que sejam realizadas. Ressalta-se que esta autorização deve ser feita após o esclarecimento de todos os direitos do réu, inclusive o de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Desta feita, caso após ser cientificado de todos os seus direitos, o indiciado autorizar a realização do exame pericial em seu corpo, este poderá ser feito sem que haja qualquer tipo de nulidade ou prova ilícita. Todavia, em não havendo o consentimento, ou, ainda, se este consentimento for eivado de vícios pela não explicação de todos os direitos do réu, a prova poderá ser considerada ilícita por desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

Como corolário do ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana aparece como ponto central na análise do tema. O sujeito passivo, antes considerado mero objeto de prova para o processo penal, passa a ser visto como ser humano, sujeito de direitos, que deve ser tratado de forma digna e respeitosa, ainda que tenha violado as normas da sociedade. Neste caso, a realização dos exames periciais com a invasão do corpo do acusado sem o seu consentimento assemelha-se à tortura, violando não somente o princípio *nemo tenetur se detegere*, como também diversos outros direitos fundamentais consolidados na Carta Magna.

Nesta mesma senda, direitos como a inviolabilidade da intimidade, vida privada, a honra e a imagem. O direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, e o direito de não ser submetido à tratamentos desumanos ou degradantes são relativizados, causando enorme retrocesso aos direitos fundamentais já conquistados ao longo dos séculos.

Ademais, não pesam contra a realização das ingerências corporais sem consentimento do indiciado somente questões materiais como, postulados de direitos humanos, como também, questões de ordem formal que não podem, em hipótese alguma, ser mitigados sob pena de infringir o processo legislativo. Isto ocorre porque apesar de algumas intervenções corporais estarem regulamentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como o exame para verificação de quantidade de álcool no sangue, não existe uma norma constitucional que autorize as intervenções corporais quando não há consentimento do indivíduo.

Deste modo, uma vez que o *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental, somente pode ser restringido através de uma norma de status constitucional, caso contrário não haveria respeito à hierarquia normativa. Em não havendo tal norma, impossível, portanto, que seja limitado, sendo este um dos principais empecilhos para a realização dos exames periciais com violação do corpo do acusado sem o seu consentimento.

Além disso, não suficiente a normal constitucional que dispusesse a respeito da possibilidade de restrição a esse direito fundamental, seria necessária uma norma de caráter ordinário que regulamentasse especificamente como se daria a feitura destes exames, de forma que não houvesse qualquer tipo de lacuna sobre os procedimentos a serem realizados quando o acusado se recusasse a fornecer seu corpo como instrumento probatório.

No Brasil, o entendimento é de que o princípio da não autoincriminação não pode ser restringido, devendo ser aplicada de forma ampla e irrestrita, vez que possui caráter de norma fundamental, consagrado pela Carta Magna e pelo direito internacional. A jurisprudência brasileira é firme no posicionamento de assegurar ao sujeito passivo todos os direitos que lhe são cabíveis pela Constituição Federal, vedando qualquer tipo de ingerência corporal quando não há o pleno e capaz consentimento do réu.

Ademais, não merece prosperar a aplicação do princípio da proporcionalidade para estes casos, que remonta à ponderação entre os direitos fundamentais quando estes acabam conflitando uns com os outros. Mesmo porque, assegurar estas garantias não significa sobrepor o interesse do particular em detrimento da sociedade, haja vista que o verdadeiro sentido da persecução criminal é punir aqueles que macularam de alguma forma os valores sociais, porém, os resgatando de volta para o convívio e para a ressocialização.

Isto posto, não poderá haver a limitação do direito da não autoincriminação nas ingerências corporais quando o acusado se recusar a submeter seu corpo à ação probatória, salvo nos casos em que a omissão do Estado configure risco à saúde e vida do indivíduo, como nos casos das “mulas”, transportadores de drogas no interior do organismo. Caso contrário, a acuação deverá procurar outros meios de comprovação das alegações feitas, tendo em vista que não caberá ao acusado colaborar com a formação de sua culpa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **Garantia de não Autoincriminação: Extensão e Limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em Processo Penal**. Lisboa: Coimbra Editora, 1992.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. República Federativa do. **Decreto nº. 678/92**. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus* no 125.506, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 31 de maio de 2011. **Diário da Justiça on line**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21111355/habeas-corpus-hc-125506-sp-2008-0287148-0-stj/inteiro-teor-21111356>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus* nº 990104187222, da 6ª Câmara de Direito Criminal, Brasília, DF, 16 de novembro de 2010. **Diário da Justiça on line**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17666659/habeas-corpus-hc-990104187222-sp> Acesso em: 25 mar. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Imprensa: Salvador, Juspodivm, 2012.

DIAS, Augusto Silva. RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português.** Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normais penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal.** 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

GRECO, Vicente Filho. **Manual de Processo Penal.** 9 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código Penal Anotado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal vol. Único.** 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal.** 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. **Direito Processual Penal .** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional v. 1.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLADO, José Maria Assencio. **Prueba prohibida y prueba preconstituída.** Madrid: Trivium, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal E Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, 1998.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

de Oliveira Mota, Amanda.

A limitação do nemo tenetur se detegere nas
intervenções corporais probatórias / Amanda de Oliveira
Mota. - 2016.

60 f.

Orientador(a): Roberto Carvalho Veloso.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

1. Consentimento. 2. Intervenção corporal. 3.
Provas. I. Carvalho Veloso, Roberto. II. Título.